Rechtslexikon.

Zehnter Band.

Schwurgericht — Testament.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

K. k. Reg.-Rath, Prof. Dr. **Arndts** in Wien; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Präsident, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- u. Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberappellationsrath Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Hofrath, Prof. Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Prof. Dr. **Wilda** in Kiel; Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath ꝛc. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske

Professor in Leipzig.

Zehnter Band.

Schwurgericht — Testament.

Leipzig, 1856.
Verlag von Otto Wigand.

Schwurgericht. Ehe der Sturm der Revolution in dem Jahre 1848 über Teutschlands Gauen hereinbrach, hatte bereits allgemein die Nothwendigkeit einer Reform des teutschen Strafverfahrens sich dringend geltend gemacht. Man hatte in Schriften, auf dem Katheder und in den Ständeversammlungen die Gebrechen des zeitherigen Verfahrens so schonungslos aufgedeckt, daß alle Versuche, die Lebenskraft desselben wieder aufzufrischen und das tief erschütterte Vertrauen des Volkes zur Strafjustizpflege wieder herzustellen, scheiterten. Es mag hierbei nicht in Abrede gezogen werden, daß die politischen Bewegungen der letzten Zeit vor dem Jahre 1848 zu diesem gewaltigen Andrängen der öffentlichen Meinung und zu diesen Angriffen auf das zeitherige Verfahren wohl auch Einiges beigetragen haben. Aber ebensowenig kann geleugnet werden, daß die Nothwendigkeit einer Reform von Allen denen, welche ihre Augen vor den Gebrechen des teutschen Untersuchungsprocesses nicht absichtlich verschlossen, anerkannt wurde und nur bei der Frage über die Basis der neuen Umgestaltung sich sowohl die verschiedensten Ansichten geltend machten, als auch die politischen Parteimeinungen hervortraten. Es bleibt hierbei eine seltsame Erscheinung, daß man von liberalen Einrichtungen, von Volksrechten u. s. w. sprach und die Befriedigung dieser Forderungen aus dem französischen Rechte zu erlangen hoffte. Die einseitige, in einem gewissen Stolze wurzelnde, Vorliebe der rheinischen Juristen und die durch sie namentlich durch ganz Preußen verbreitete Huldigung der französischen Institutionen hat jedenfalls, neben der nun einmal unablöslich uns anhaftenden Lust zur Nachahmung französischer Organisationen, zu dieser blinden Verehrung des französischen Strafprocesses wesentlich beigetragen. Es mag nicht getadelt werden, daß ein Volk, gegenüber dem Auslande und dessen Institutionen, in patriotischer Vorliebe für seine Institutionen die Mängel und Gebrechen desselben nicht öffentlich bloslegt. Allein die blinde Nachahmung und die sich selbst überstürzende Verehrung derselben

Seiten des Auslandes enthielten keine günstige Bedeutung für die Erfolge der neuen Gesetzgebung. Man gewöhnte sich, vom Anklageprocesse, von der Aufhebung des durch das päbstliche Recht uns aufgenöthigten Inquisitionsprocesses, von der Nothwendigkeit einer unmittelbaren Betheiligung des Volkes an der Rechtspflege und dergl. wie von unumstößlichen Grundpfeilern des neuen Verfahrens zu sprechen. Welcher Mißbrauch ist nicht allein mit dem Schreckbilde des Inquisitionsprocesses getrieben worden und wie wenig ist man, trotz der wiederholten Mahnungen von Männern, wie Biener, Köstlin, Mittermaier u. s. w., geneigt gewesen, die höhere und sittliche Berechtigung des Untersuchungsprincipes anzuerkennen. Man vermischte das Untersuchungsprincip und die Entwickelung oder vielmehr Ausartung desselben in dem teutschen Untersuchungsprocesse. Die fast „schrankenlose Gewalt des Inquirenten" und die „mangelhafte, die nothwendige Controle und Bürgschaft nicht gewährende Besetzung des Untersuchungsgerichtes" (Zachariä, d. Gebrechen u. d. Reform d. teutsch. Strafverf. S. 88 flg.) sowie die Entfesselung der Richter von gesetzlicher Beweistheorie, ohne ihnen die Quelle der Unmittelbarkeit für ihre Ueberzeugung zu gewähren, sind jedenfalls die Hauptpunkte des zeitherigen Verfahrens, von wo aus die Gesetzgebung die Reformen beginnen mußte. Man sah in der Einführung der Jury die Rettung vor der verknöcherten, einseitigen, in sich selbst versinkenden und verdumpfenden Praxis rechtsgelehrter, überdies von der Regierung abhängiger, Richter und ging selbst so weit, ihnen die Befähigung, mit dem frischen Eindrucke des praktischen Lebens die Gestaltungen des einzelnen Falles richtig beurtheilen zu können, abzusprechen. Es mag nicht verkannt werden, daß bei diesem Kampfe über die Jury von beiden Seiten gefehlt worden ist. Man sah einerseits in der Jury eine von Parteileidenschaft ergriffene, der gehörigen Beurtheilung verwickelter Fälle nicht gewachsene, schwankende und äußeren Einflüssen nothwendig preisgegebene, zufällig zusammengewürfelte Menge Personen, welche, unbekümmert um das Gesetz des Staates und um Consequenz, im „souveränen" Uebermuthe, ohne ausschließliche Rücksicht auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme und gedeckt durch den Mangel von Entscheidungsgründen und die Unantastbarkeit ihres Spruches, nur ihrer sog. intime conviction, einem unsicheren, schwankenden und willkürlich dehnbaren Gefühle ohne klares Bewußtsein, folgten, hierdurch aber die Justizpflege von Willkürlichkeiten, äußeren Einflüssen und Zufälligkeiten abhängig machten. Man fand in der Jury eine Vernichtung der Intelligenz und einen Triumph der Volkssouveränetät, welche nothwendig auch zum Ruin des Staates selbst führen müsse. Man liebte es, das Institut durch einzelne, willkürlich gewählte Fälle, oft ohne nähere Kenntniß der Einzelheiten des Falles und lediglich gestützt auf unvollständige, oberflächliche Zeitungsberichte, zu verdächtigen und zu brandmarken. Anekdoten über Vorgänge in den Berathungszimmern der Geschworenen in Betreff der Intelligenz

einzelner derselben, der schrankenlosen Superiorität anderer, der Motive bei den Abstimmungen trugen nicht wenig bei, jene Angriffe zu unterstützen. Man bemühte sich hierbei nicht, auf die nähere Bewandtniß einzelner Theile des Beweises und die Motiven der anscheinend seltsamen Abstimmung einzugehen, sondern sammelte nur, ohne große Auswahl und Prüfung der Quellen, aus denen die Mittheilungen stammten, alles, was gegen das Institut vorgekommen war. Auf der anderen Seite haben viele Verehrer desselben ihm ebenfalls mehr geschadet als genützt. Die blinde, man möchte fast sagen, abgöttische Verehrung desselben, — die unbedingte, jeden Einwand als einen an sich unberechtigten Zweifel zurückweisende und selbst aus den Fehlern des Institutes Vorzüge desselben demonstrirende Anpreisung desselben, — die maßlose Verdächtigung der Urthelssprechung durch rechtsgelehrte Richter, gleich als ob ganz Teutschland zeither unter der Last der schrankenlosesten Willkür und Ungerechtigkeit seiner Richtercollegien beinahe erlegen wäre, — konnten dem besonnenen Forscher keine tröstliche Verheißung bieten. Insbesondre aber mußte die Identificirung der Bestrebsamkeit für die Jury mit den Bewegungen gewisser politischer Parteien die Frage über die Jury auf ein Gebiet versetzen, wo Interessen und Richtungen maßgebend sind, die bei der Frage über Einführung eines Rechtsinstitutes nicht entscheiden können. Wir sind nicht der Meinung, daß die politische Verfassung und Entwickelung des Landes ohne Einfluß auf die Justizverfassung desselben sein könne. Allein wir widersprechen dem Beginnen, welches die Justizverfassung entschieden den politischen Rücksichten unterordnet und in ihnen den Maßstab zur Beurtheilung der ersteren findet. Einem solchen Beginnen begegnen wir häufig bei den Freunden der Jury. Ja, sie gehen zum Theil soweit, daß sie in dem Institute der Jury die Brücke und den Vorläufer zu weiteren liberalen, lediglich die politische Verfassung des Landes betreffenden, Einrichtungen begrüßen. Berücksichtigt man hierbei, in welcher Maße man gerade diesen Gesichtspunkt im Jahre 1848 zur Geltung gebracht und die Jury als ein Postulat der nothwendigen Volkssouveränetät hingestellt hat, so ist es nicht auffällig, daß selbst solche Männer von ihr sich abgewendet haben, welche früher ihr wenn auch nicht zugethan, doch auch nicht principiell abhold waren.

Eine wichtige Erscheinung war in diesem Kampfe der Meinungen der von der badischen Regierung den Ständen des Landes vorgelegte und von diesen im Jahre 1844 verhandelte Entwurf einer Strafproceßordnung[1]). Es war das erste teutsche Gesetz, in welchem die Principien der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit und die Anklageform zur Geltung gelangt waren[2]). Das Gesetz mußte umsomehr die allgemeine Auf-

1) Vgl. Röllner, in der Zeitschr. f. teutsches Strafverf. N. F. Bd. II, S. 136 flg., 204 flg. Mittermaier, die Mündlichkeit, Oeffentlichkeit ꝛc. S. 131 flg.

2) In Altbayern war im Jahre 1831 ein Entwurf, vermöge dessen die Aburtheilung gewisser Vergehen Geschworenen übertragen war, und späterhin

merksamkeit auf sich ziehen, als dasselbe die Urtheilsfällung durch rechtsgelehrte Richter beibehielt, daneben eine gesetzliche Beweistheorie und die Forderung von Entscheidungsgründen aufstellte und Rechtsmittel in Bezug auf die Thatfrage für zulässig erachtete. Die Motiven sowie die Verhandlungen (im Auszuge in dem Thilo'schen Commentare mitgetheilt) enthalten viele interessante, insbesondre die soeben bemerkten Punkte betreffende, Ausführungen. Ebenso kann die königl. würtemb. Strafproceßordnung v. 22. Juni 1843 als ein Schritt zur Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit mit Beibehaltung der Grundlagen des bisherigen teutschen Verfahrens bezeichnet werden. Auch hier sprach sich bei den Berathungen von manchen Seiten eine gewisse Furcht vor den neuen Principien aus. Man vermochte nicht der Berechtigung derselben zu widersprechen, aber man gab sich Befürchtungen über die Nachtheile derselben hin, welche eine consequente und nur in ihrer Consequenz segensreiche Durchführung der Principien hinderten. Es bietet diese Proceßordnung eine seltsame Mischung der verschiedenartigsten Grundsätze, welche eine harmonische Entwickelung geradezu unmöglich machte. Man beschnitt das Princip der Mündlichkeit und die Fälle des auf dasselbe gebauten Schlußverhöres [3]), weil man in diesem eine Gelegenheit für den Angeklagten zu Chicanen und zu Verschleifungen fand, und während man auf der einen Seite in der Einführung der Mündlichkeit eine Garantie für die Entdeckung der Wahrheit erkannte, wollte man dieser Garantie wieder bei einer großen Zahl von Fällen die Anerkennung versagen. Auch hier zeigte sich wieder die seltsame Idee, daß die Mündlichkeit nur zu Gunsten des Angeklagten angestrebt werde, ohne darüber sich klar zu werden, daß sie nur zur besseren und sicheren Ermittelung der Wahrheit, daher weder für noch wider den Angeklagten dienen, sondern die Entdeckung und Ueberführung des Schuldigen ebensowohl als die Entlastung und beziehendlich die der sittlichen Verschuldung entsprechendere Beurtheilung des Angeklagten erleichtern solle. Zu jenen halben Maßregeln gab auch die Furcht vor den finanziellen Opfern, welche die consequente Durchführung erheischen würde, wohl einige Veranlassung. Nur aus dem Bewußtsein dieser Halbheit und Inconsequenz des Systems läßt sich auch erklären, daß die Wirksamkeit der neuen Strafproceßordnung auf die nächsten sechs Jahre beschränkt und bestimmt wurde, daß, wenn auf dem sodann einzuberufenden Landtage eine anderweite Verabschiedung über das Strafverfahren nicht erfolgen sollte, der unmittelbar vor der Verkündigung der Strafproceßordnung bestandene Rechtszustand wieder eintreten solle. Trotz dieser

---

in demselben Jahre ein Entwurf, durch welchen bei Polizeifreveln Geschworene zur Entscheidung berufen wurden, vorgelegt worden, ohne daß er jedoch zum Gesetze selbst erhoben wurde. Vgl. den interess. Bericht über den Entwurf in der bayer. Kammer, erstattet von Rudhart (im J. 1848 von Hohe herausgegeben).

3) Braun, Hauptstücke d. öffentl. mündl. Verf. S. 156 flg.

Verkümmerung des Principes der Unmittelbarkeit waren die Erfolge, welche man erzielte, immer von der Art, daß sie die Berechtigung des Principes selbst außer Zweifel stellten, und die interessanten Mittheilungen des Directors v. Breitschwert in Sarwey's Monatsschrift zeigten, wie bald Richter und Vertheidiger mit dem neuen Verfahren sich vertraut gemacht hatten. Andererseits traten auch die Schattenseiten des neuen Gesetzes in ihrer praktischen Bedeutung scharf hervor und die Erfahrung bewies klarer, als alle Versicherungen in der Ständeversammlung es vermocht hatten, wie nachtheilig und hemmend die Inconsequenz und Halbheit des Gesetzes auf die Anwendung desselben zurückwirke. Einen guten Commentar für diese Proceßordnung verdanken wir dem Oberstudiendirector v. Knapp. Ebenso hat beachtenswerthe Beiträge Holzinger geliefert. — Im Königreiche Sachsen war die Frage über die Reform des Strafverfahrens wiederholt der Gegenstand der lebhaftesten Erörterungen in den ständischen Kammern geworden. Die Regierung legte im Jahre 1842 einen Entwurf einer Strafproceßordnung vor[4]), welcher im Hauptwerke auf den Grundsätzen des zeitherigen Verfahrens fußte und nur eine Verbesserung desselben durch Beseitigung einzelner Mißbräuche und durch einige Formvorschriften anbahnte[5]). Von besonderer Wichtigkeit ist der Entwurf, gegen welchen die zweite Kammer beinahe einstimmig sich erklärte[6]) und welchen die Regierung daher wieder zurückzog, dadurch geworden, daß in den Motiven zu demselben die Forderungen der Mündlichkeit ꝛc. einer tiefgehenden Kritik unterworfen wurden und hierbei wohl bisher am Vollständigsten alles das, was gegen sie vorgebracht werden kann, mit großer Gewandtheit und Klarheit geltend gemacht wurde[7]). Später einigten sich beide Kammern in einem gemeinschaftlichen, die Einführung eines öffentlich-mündlichen Verfahrens mit Anklageschaft bezweckenden, Antrage an die Staatsregierung, welche demselben ihre Zustimmung ertheilte und eine Commission zur Ausarbeitung einer diesfallsigen Gesetzvorlage niedersetzte. Die Arbeiten derselben wurden durch die Ereignisse des Jahres 1848 unterbrochen. — Von großer Bedeutung war das königl. preußische Strafgesetz vom 17. Juli 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen. Es lag die Gefahr nahe, daß dieses Gesetz bei seiner Beschränkung nach dem Raume seiner Wirksamkeit und auf bestimmte einzelne Arten von Verbrechen, in eine gewisse Abhängigkeit von den Grundsätzen des alten,

---

4) Vgl. Mittermaier in der Zeitschr. für teutsches Strafverf. Bd. III, S. 297 flg.

5) Der Entwurf wurde von Lucius in der Zeitschr. für teutsches Strafverf. Bd. III, S. 259 flg. vertheidigt.

6) Vgl. auch Nöllner, in der angez. Zeitschr. N. F. Bd. II, S. 400 flg.

7) Vgl. auch die Abhandl. Krug's in d. N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. I, S. 20 flg.

noch bestehenden Verfahrens gerathen und in dem letzteren die Elemente zu seiner Auslegung und Anwendung finden werde. Allein auch hier bewährte sich die Kraft und Berechtigung der neuen Principien, welche dem Gesetze einen sicheren und selbstständigen Boden schufen, in dem es bald Wurzeln schlug. Eine besonders interessante Beleuchtung des Gesetzes verdanken wir dem Assessor Nessel, obgleich auch er von der uns immer wieder begegnenden einseitigen Vorliebe für das rheinische Verfahren sich zu emancipiren nicht vermocht hat. Besonders interessante Verhandlungen wurden in der braunschweigischen Ständeversammlung gepflogen, deren ausgezeichneter Präsident, Steinacker, lebhaft für die neuen Reformen kämpfte[8]). — Bei dem immer mächtigeren Andrängen der Freunde der Jury richteten sich die Blicke auf die Länder, wo Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zwar eingeführt, die Aburtheilung ausschließlich aber rechtsgelehrten Richtern übertragen worden war. Hierher gehört insbesondre Holland, welches, gleichsam im natürlichen Widerwillen gegen französische Einrichtungen und im Widerspruche mit Belgien, gestützt auf die Erklärungen seiner ausgezeichnetsten Juristen, in seiner neuen Strafproceßordnung die Jury verbannte und auch sonst mannigfache Abänderungen des französischen Code d'I. Cr. vornahm. Von besonderer Wichtigkeit ist hierbei die Ausschließung der zweiten Instanz und zwar gerade bei den schwersten Verbrechen, indem man hier in der besonders starken Besetzung des Gerichtes eine genügende Garantie für die Gerechtigkeit des Spruches erblickte. Schon früher hatten in Italien (wo nach Ansicht Napoleon's der Parteigeist, die Familienfehden und die Rache ein Geschwornengericht unmöglich machten) die neapolitanische Regierung (1819) sowohl als andere Regierungen das Strafverfahren, nach den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, jedoch mit Ausschluß der Jury, eingerichtet und auch die hier gemachten Erfahrungen bestätigten die Vorzüglichkeit dieser Principien. Von Interesse ist hier der auf den Wiener Ministerialconferenzen im Jahre 1834 gemachte, aber bei dem Widerspruche Bayerns aufgegebene, Vorschlag: In denjenigen Ländern, in welchen das Institut der Geschwornengerichte besteht und seine Wirksamkeit auf politische Verhältnisse ausgedehnt ist, verbinden sich die Regierungen, auf dessen Zurückführung in unschädliche Grenzen oder nach Umständen auf dessen gänzliche Beseitigung hinzuwirken.

In der Literatur standen sich die Freunde und die Gegner der Jury besonders scharf gegenüber. Noch immer übten die Erklärungen und Ausführungen Feuerbach's betreffs der Jury einen großen Einfluß aus. In den älteren Schriften (z. B. Mosqua, über die

8) Nöllner a. a. O. S. 244 flg. Mittermaier a. a. O. S. 193 flg. Vgl. noch Nöllner, über die Verh. im Großh. Hessen, ebendas. S. 268 flg., 380 flg., über die Verh. in Kurhessen ebend. Bd. III, S. 57 flg., sowie überhaupt die dankenswerthen Betrachtungen dess. in ders. Zeitschrift N. F. Bd. III, S. 77 flg.

Geschwornengerichte, mit Beziehung auf das Gutachten der kgl. preuß. Immediatcommission, Berlin 1820) wurde die Jury als eine Vernichtung der Justizpflege und eine Herabwürdigung der Richter bezeichnet. In einer vortrefflichen Schrift (v. Ammon's), von der öffentlich-mündlichen Rechtspflege im bayerischen Rheinkreise (Frankfurt 1822), wurde die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit empfohlen, die Einführung der Jury aber widerrathen. In gleichem Sinne sprach sich ein herzoglich sächs. Rechtsgelehrter in der Schrift: über die Nothwendigkeit und Einrichtung einer collegialen und öffentlichen Rechtspflege in bürgerlichen und peinlichen Sachen ohne Geschwornengerichte (Leipzig 1819), aus. In den Schriften Leue's[9]), jedenfalls eines der beredtesten Vertreter der Jury, — welcher jedoch in seiner Ansicht über das teutsche Schöffengericht und dessen innere und organische Verbindung mit dem Geschwornengerichte offenbar von dem richtigen Wege abgekommen ist, — Welcker's, — welcher in blinder Verehrung der Jury und ebenso einseitiger Schilderung der Mängel und Gebrechen des zeitherigen Verfahrens auch bei diesen Fragen von jener politischen Parteistellung ausging, welche wir als die in der damaligen Zeit herrschende bezeichnen können[10]), und insbesondre aus verschiedenen politischen Processen jener Zeit, wie gegen den Pfarrer Weidig[11]), die Unterstützungsmomente seiner Ansicht entlehnte, — Krause's, — welcher, meist auf den Arbeiten seiner Vorgänger fußend, wenig Neues und ohne wissenschaftliche Tiefe in seinem Werke: über die teutschen Schwurgerichte, geschrieben hat, — Köstlin's[12]) — welcher mit der ganzen Genialität seiner Denk- und Schreibweise, aber doch auch mit dem Mangel praktischer Erfahrung und eigener Anschauung des zeitherigen Verfahrens in der Jury den Eck- und Schlußstein der Reform erblickt, — Rintel's[13]), — welcher mit Hinweis auf die Entwickelung der englischen Jury in derselben ein aus der Natur des Strafverfahrens selbst hervorgehendes, von der letzteren nothwendig gefordertes, das Geständniß ersetzendes Beweismittel erblickt und daher die Jury nur bei der Vorschrift der Einstimmigkeit des Verdictes und dem Dasein von Beweisregeln zulassen will, — Braun's[14]) — welcher, gestützt auf seine an Ort und Stelle gemachten Studien, die bereits auf dem sächsischen Landtage vertheidigten Vorzüge der Jury vom praktischen sowohl

9) Der öffentlich-mündliche Anklageproceß — ferner: das teutsche Schöffengericht.

10) Vgl. bes. die Abh. in dem Staatslexikon über die Jury, auch im bes. Abdrucke erschienen (Altona 1840).

11) Vgl. die Anzeige über die reiche Literatur betreffs dieses Processes in den krit. Jahrb. teutscher RW. von Schneider, Jahrg. 1845 S. 260 flg.

12) Wendepunkt des teutschen Strafverfahrens (Tübing. 1849). — Das Geschwornengericht für Nichtjuristen. — Schon vorher in Schwegler's Jahrb. der Gegenwart 1845.

13) Ueber die Jury und Beiträge zur Würdigung der franz. Jury.

14) Hauptstücke des öffentl.-mündl. Strafverfahrens.

als vom politischen Standpunkte vertritt und die schon von Feuerbach angegriffene Idee des Genossengerichtes als den Grundton der Jury bezeichnet. Der politische Parteistandpunkt macht sich demnächst in einigen Schriften für die Jury geltend, wenngleich nicht mit der Entschiedenheit und Offenheit, wie wir sie in der Literatur der Jahre 1848/49 und zum Theil noch finden.

Wir verweisen ferner auf Hepp's Schrift: Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens (Tübingen 1842), nicht ohne Bedauern, daß dieser verdiente Gelehrte nicht allenthalben die erforderliche Ruhe und Mäßigung sich bewahrte. Wir beziehen uns dabei noch auf seine Abhandlungen im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. II, S. 271 flg., 506 flg. und in der Zeitschrift für teutsches Strafverfahren N. F. Bd. I, III. —

Im allgemeinen spricht sich für die Jury, wenngleich mit Warnungen vor übereilter Einführung der OARath Brinkmann in seiner Schrift: über Schwurgerichte in Strafsachen, (mit specieller Beziehung auf Schleswig-Holstein) aus. Von dauerndem Werthe ist die Schrift Zentner's, über das Geschwornengericht, welche die Einführung desselben empfiehlt.

Die Jury fand auch ihre Gegner. Doch hier wie dort war es nicht blos der Ernst wissenschaftlicher Forschung und ruhiger praktischer Erwägung, welcher das Wort ergriff. Auch hier machte sich eine gewisse Voreingenommenheit im Bunde mit einer vornehmen Verachtung aller, in das zeither unantastbare Heiligthum richterlicher Thätigkeit hinübergreifenden, Reformen und Bestrebungen, und mit einer ängstlichen Furcht vor der politischen Tragweite und Entwickelung derselben geltend und trat ebenso unberechtigt wie viele der Vertheidiger für die Jury dem Verlangen nach Einführung derselben in Teutschland entgegen. Die Darlegung der Gründe gegen die Einführung von Mittermaier in seinem Werke: die Mündlichkeit, das Anklageprincip u. s. w. S. 363 flg. gehört, wenngleich der Verfasser späterhin seine Ueberzeugung geändert hat, zu Mittermaier's besten Arbeiten. Wir heben unter den Schriften, welche gegen die Jury sich erklärten, folgende hervor: Mit der ganzen Fülle geschichtlicher Forschung und dem tiefen Ernste wissenschaftlicher Sicherheit trat insbesondre Biener auf den Kampfplatz, woselbst er in seiner klaren und ruhigen Weise die unberechtigten und zum Theil unselbstständig nachgeredeten Behauptungen über Entstehung und Entwickelung der Jury zurückwies und sich gegen die Einführung der Jury in Teutschland aussprach. Von Bedeutung war die Erklärung eines sehr verdienten rheinbayerischen Praktikers Möhl, welcher in seiner Schrift: Jury rc. als Rechtsanstalt und politisches Institut (Altona 1840), das Geschwornengericht als ein unzuverlässiges und unzweckmäßiges Institut bezeichnete, dagegen sich ebenso entschieden für Oeffentlichkeit und Mündlichkeit aussprach. An diese Arbeiten schließt sich die vortreffliche und tüchtige

Schrift v. Stemann's über die Jury in Strafsachen. Der Verfasser zergliedert, nach einer historischen Darstellung der englischen und der französischen Jury, die Organisation der Jury, und wie er in ihr keine Bürgschaft für die Vortrefflichkeit der Jury als Rechtsanstalt findet, so gelangt er auch zu der Ueberzeugung, daß sie nicht geeigneter sei als andere Institutionen, die dem Principe nach längst anerkannte Unabhängigkeit der Strafrechtspflege zu bewahren. Er macht hierbei insbesondre geltend, daß es damals noch keiner Gesetzgebung gelungen gewesen, den Widerspruch zwischen den Bestrebungen, eine unabhängige Jury zu bilden, und durch sie die Intelligenz des Landes auf geeignete Weise vertreten zu lassen, einer glücklichen Lösung entgegenzuführen. Eine interessante Schrift hat der schleswigsche Amtssecretär Höpfner geliefert, welcher die meisten der dem zeitherigen Verfahren beigemessenen Mängel für unbegründet hält und dasselbe gegen die gemachten Einwendungen mit großer Wärme in Schutz nimmt, die Staatsanwaltschaft für überflüssig und sogar für unvereinbar mit dem monarchischen Principe erachtet und endlich in dem Haupttheile seiner Schrift mit gesteigerter Wärme gegen die Jury und deren Vertheidiger zu Felde zieht. Ueberhaupt ist, seiner Ansicht nach, das Bedürfniß zu weitgreifenden Reformen, welches selbst der ehrwürdige, erfahrene Puchta in seiner Schrift über den Inquisitionsproceß [15]) zugestand, nicht vorhanden. Die Erklärung des französischen Advocaten Fölix, welcher nicht blos der Jury, sondern auch der Oeffentlichkeit in seiner Schrift über Mündlichkeit ꝛc. (Carlsruhe 1843) den Fehdehandschuh hinwarf, erregte bei der Stellung desselben als französischer Praktiker ein gewaltiges Aufsehen [16]). Auch die Stimmen bewährter Vertreter der Wissenschaft (z. B. Zachariä in seinem Werke, die Gebrechen und Reform des teutschen Strafverfahrens, Abegg in seinen Beiträgen zur Strafproceßgesetzgebung) erachteten die Forderung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit für berechtigt, nicht auch die nach Geschwornengerichten. Ihnen schlossen sich angesehene Praktiker, z. B. Buttel in seinen und v. Hagens Briefen, Lemann, in seiner Schrift über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ꝛc. (Culm 1842), wenngleich dieser nicht ohne Beschränkungen, an. Ueberall trat hierbei die Frage über gesetzliche Beweistheorie in Verbindung mit der Frage über die Auslegung und Anwendung der Carolina

15) „Der Inquisitionsproceß mit Rücksicht auf eine zeitgemäße Reform ꝛc." (Erlangen 1844).

16) Hierauf berief sich insbes. Geib, in s. Aufs. in den krit. Jahrb. von Richter u. Schneider Jahrg. 1844 S. 97 flg. Vgl. jedoch dagegen die trefflichen Bemerkungen des General-Adv. de Vaulx, in der Zeitschr. f. RW. d. Ausl. XVI, S. 153 flg. und die ebenfalls aus eigener Erfahrung geschöpften Ansichten des General-Proc. Molitor in der Zeitschr. f. teutsches Strafverf. Bd. III, S. 1 flg. Eine vorzügliche Rechtfertigung der Mündlichkeit hat Wiest, die Nothwendigkeit der Mündlichkeit im Strafverfahren (Schaffhausen 1844) geliefert.

Art. 22 in den Vordergrund [17]), und bei aller Achtung vor der Gelehrsamkeit, welche hierbei entwickelt wurde, kann man sich doch nicht des Gedankens erwehren, wie hier oft teutsche Gelehrsamkeit mit der Erfahrung des täglichen Lebens nicht Hand in Hand gegangen sei. Auch kann die oft aufgestellte Behauptung, daß das Verlangen nach Entfesselung der richterlichen Ueberzeugung von jeder Beweistheorie nur dem Drängen nach Einführung der Jury zuzuschreiben sei, nicht als begründet zugestanden werden [18]). Es bedarf in dieser Beziehung z. B. nur des Hinweises auf die kgl. sächs. Gesetzgebung v. J. 1838, wo weder Regierung noch Stände von dem Gedanken, hiermit der Jury den Weg zu bahnen, geleitet wurden.

Von bedeutendem Einflusse wurden die Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt am Main im September 1846 und zu Lübeck im Jahre 1847. Die ausgezeichneten Vorträge Dahlmann's und Michelsen's erregten die allgemeinste Aufmerksamkeit und die Schriften dieser beiden Gelehrten (Dahlmann's, in der Zeitschr. f. teutsch. Recht und Michelsen's, über die Genesis der Jury) gaben der Frage einen neuen Impuls. Die Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck im September 1847 führten zu einer ziemlich einmüthigen Erklärung zu Gunsten der Jury. „Die Nachtheile und Mängel der Schwurgerichte liegen, nach derselben, nicht im Wesen der Jury, sondern sind die Folgen schlimmer politischer oder sittlicher Zustände eines Volkes oder sind auf Rechnung der Gesetzgebung zu setzen, welche durch schlechte Gesetze über Voruntersuchung oder durch mangelhafte Besetzung der Geschwornengerichte die Bürgschaften schwächt, unter deren Dasein diese Gerichte zweckmäßig wirken können." „Geschwornengerichte unter gehörigen Voraussetzungen geben nicht blos den sichersten Schutz den Bürgern gegen grundlose Anklagen, sondern gewähren auch der Staatsregierung den Vortheil, daß die Strafurtheile am meisten Vertrauen und Wirksamkeit erhalten und die Strafgesetze am ersten auf die der Gerechtigkeit entsprechende, Vertrauen erweckende, menschlich würdige Weise angewendet werden." Männer wie Jaup fanden in dem Mangel der Schwurgerichte eine Zurücksetzung des teutschen Volkes gegen andere Völker, die es nicht verdient habe, und Heffter fand die politischen Bedenken, aus welchen die Karlsbader Beschlüsse gegen das Institut der Jury entsprungen, nicht gegründet, da es sich nicht um eine politische Gestaltung der Jury, sondern um ein Schwurgericht handele, welches dazu dienen könne und solle, die höchste Aufgabe der menschlichen Gerechtigkeit zu erfüllen, nämlich ein rein menschliches

---

17) Vgl. bes. Bauer, die Theorie des Anzeigebeweises S. 77 flg. und in der Zeitschr. f. teutsches Strafverfahren N. F. Bd. II, S. 105 flg. in Verb. mit Gerau, ebendas. N. F. Bd. I, S. 371 flg.

18) Vgl. noch die Abh. Möhl's, die Werthlosigkeit einer gesetzlichen Beweistheorie, in d. Zeitschr. f. teutsch. Strafverf. Bd. II, S. 277 flg. u. N. F. Bd. II, S. 184 flg.

Urtheil über die Schuld eines Angeklagten auf nationalem Rechtsboden in allen einzelnen Fällen möglich zu machen. Stimmen einzelner Mitglieder der Versammlung, wie v. Wächter's und v. d. Pfordten's, welche vorerst für Einführung öffentlich-mündlichen Verfahrens (ohne Jury) sich erklärten, verhallten in dem allgemeinen Beifalle, welcher den Rednern der Majorität in und außer der Versammlung reichlich gezollt wurde.

Eine reiche Literatur, insbesondre geschichtliche Forschungen über die Entstehung und Entwickelung der Jury enthaltend, wurde durch die Berathungen der Germanisten zu Lübeck sowohl, als später durch die Ereignisse des Jahres 1848 und die infolge derselben beschlossene Einführung der Jury hervorgerufen. Die teutsche Gelehrsamkeit und Gründlichkeit wollte mit dankenswerther Sorgfalt den historischen Boden der Jury feststellen, um entweder die Einführung derselben in Teutschland zu widerrathen, da sie für unsere Zustände und Rechtsanschauung nicht passe oder um, wo die Einführung bereits eine unabweisbare Thatsache geworden, Beiträge zu einer lebenskräftigen Organisation und harmonischen Einfügung in unser Rechtsleben zu liefern[19]).

Der Sturmschritt des Jahres 1848 überholte die langsam sich fortbewegende Frage der Reform in Schriften und Kammern. Unter den Forderungen der Zeit wurde auch die Jury aufgeführt. Es war ein bedenkliches Zeichen, daß man sie in Verbindung mit den politischen Rechten brachte, deren Gewährung man verlangte. Sie erschien umgeben von den Forderungen des Vereins- und des Versammlungsrechtes, der Volksbewaffnung, der Selbstständigkeit der Gemeinden u. s. w. Auch wurde sowohl in den Programmen, als in den Vorlagen der Märzministerien die Jury als ein politisches Recht des Volkes, welchem man die Gerechtigkeitspflege als ein Heiligthum anvertraue, bezeichnet und empfohlen.

Bei der Einführung der Jury nahm man fast durchgängig die französische Strafproceßgesetzgebung als Vorbild an. Allerdings wurde schon damals darauf hingewiesen, wie wenig die Napoleonische Gesetzgebung geeignet sei, der politischen Anschauung und Entwickelung des Jahres 1848 zu entsprechen. Auch mußte man sich sagen, daß, da die französische Jury nur eine Nachbildung der englischen sei, bei Einführung derselben das Wesen der englischen Jury nicht unbeachtet bleiben dürfe. Andererseits verhehlte man sich nicht, daß die englische Jury, so innig mit den übrigen Institutionen Englands verwoben, nicht ohne weiteres auf teutschen Boden verpflanzt werden könne, sowie auch mehrseitig mit Recht darauf hingewiesen wurde, daß das englische

19) Von besonderem Verdienste war die von D. v. Jagemann und D. Nöllner redigirte Zeitschrift für teutsches Strafverfahren (Bd. I—III, u. N. F. Bd. I—III, 1841 flg.). Sie enthält viele werthvolle Beiträge der Redactoren und Mitarbeiter und lieferte wichtiges Material zur Beurtheilung der angestrebten Reformen.

Verfahren, erstarrt in beengenden und selbst nachtheiligen Formen, überhaupt nicht die Bewunderung verdiene, welche man ihm oft, theils aus Mangel tieferen Studiums desselben, theils auch aus jener politischen Begeisterung für Englands Verfassung, der man häufig in Teutschland begegnet, zu zollen pflegt. Auch jetzt, wo eine ruhigere Anschauung über den Werth des englischen Verfahrens in Rücksicht auf die Adoption desselben in Teutschland Platz ergriffen hat, wird man wohl nicht in Abrede stellen, daß das englische Verfahren im allgemeinen weder für unsere Rechtsanschauung, noch für unsere Zustände passe und daß gerade in den Punkten, in welchen von gewissen Seiten ein Vorbild für unsere Gesetzgebung gefunden wurde, eine Reform desselben dringend nöthig sei, wie solche auch in England, wenn auch, getreu dem Nationalcharakter und insbesondre der Grundansicht über Reformen der Rechtsverfassung, langsam angestrebt wird. Insbesondre werden das Institut der Staatsanwaltschaft, die Festhaltung des Untersuchungsprincipes, die Nichtöffentlichkeit des Vorverfahrens, die Entscheidung über die Versetzung in den Anklagestand durch rechtsgelehrte Richter u. s. w. Grundlagen des teutschen Processes bleiben und dieser hier mit dem französischen Strafprocesse Hand in Hand gehen. Jedenfalls ließ auch die Bewegung des Jahres 1848 keine Zeit zu ruhiger Abwägung und Vergleichung der französischen und der englischen Einrichtungen zu. Man kannte das französische Verfahren, — die rheinischen Juristen empfahlen dasselbe; man war gewöhnt, die Ansichten derselben, als Männer von Erfahrung, umsomehr für maßgebend zu betrachten (obschon Geib in seiner Reform des teutschen Rechtslebens S. 184 flg. gegen die Ueberlassung der Leitung an die rheinischen Juristen ankämpfte), da jedenfalls unter ihnen Männer für das Verfahren das Wort ergriffen, die auch in der neuesten Zeit durch ihre Beiträge zur Befestigung und Entwickelung des neuen Strafverfahrens ihre vorzügliche Berechtigung zur Besprechung dieser Fragen documentirt haben, — es galt damals, rasch die gegebenen Zusagen zu erfüllen und namentlich wollte man (offen gesprochen) die Aburtheilung der politischen und Preßvergehen, bei der Entfesselung des Vereinsrechtes u. s. w. und der Presse, den rechtsgelehrten Richtern entziehen, von denen man fürchtete, daß sie, aufgewachsen in den strengen Grundsätzen des zeitherigen Rechtes und der Bewegung selbst nicht gewogen, auch in Abhängigkeit von den Regierungen, bei ihren Richtersprüchen der neuen Freiheit die gewünschte Entwickelung nicht gestatten würden. Endlich konnte man sich nicht verbergen, daß die Gerichtsorganisation in den teutschen Ländern sich eher nach dem französischen Vorbilde umgestalten lassen werde, als daß sie ein Geschwornengericht nach englischem Muster in sich aufnehmen könne. Man gab sich der Hoffnung hin, daß das Geschwornengericht, wenngleich aus einer politischen Bewegung entsprungen, diesen Charakter zwar nicht gerade verleugnen, jedoch auch nach und nach zu einer guten und tüchtigen Rechtsanstalt sich entwickeln werde. Dies war insbesondre die Hoffnung,

von welcher auch diejenigen Freunde der Jury erfüllt waren, welche die politische Entstehung derselben beklagten, von ihr jedoch mit der Zeit eine aus sich selbst sich herausarbeitende Umgestaltung hofften. Allein diese Hoffnung mußte zumeist eine trügerische deshalb sein, weil man die politische Basis der Schwurgerichte nicht auf solche Weise wieder entfernen konnte und doch diese Basis selbst nach Wiederherstellung der Ruhe nicht die Möglichkeit eines festen Standpunktes gewährte. Wir werden später sehen, daß zwar in mehreren Ländern Teutschlands die Jury einen sicheren Boden gewonnen hat; allein desto entschiedener wirkte die politische Basis der Jury in anderen teutschen Ländern auf die Gestaltung des Strafverfahrens ein und führte theils zur Aufhebung, theils wenigstens zu wesentlichen Modificationen derselben. Hier konnte man es nur als einen großen Mißgriff bezeichnen, daß man der Jury und überdies in einer vielbewegten Zeit die Entscheidung über die politischen und Preßvergehen übertragen hatte. Die Wellen der Bewegung gingen zu hoch, als daß das Schiff der Jury, zum ersten Male auf hoher Fluth befindlich und von unkundigen Fährleuten geführt, die Brandung zu brechen vermocht hätte. Jener Mißgriff hätte gemildert und der Jury mancher Freund erhalten werden können, wenn in jenen Ländern der Jury auch die Aburtheilung anderer Verbrechen übertragen und ihr hierdurch Gelegenheit gegeben worden wäre, sich wenigstens bei diesen Verbrechen als Rechtsanstalt zu bewähren. Es würde dann Mancher der Hoffnung sich hingegeben haben, daß die Jury, nach Rückkehr ruhigerer Zeiten, das richtige Gleis finden und nur dem Dienste der Gerechtigkeit auch bei politischen Verbrechen sich weihen werde oder daß, selbst wenn man ihr die Aburtheilung dieser Verbrechen entziehen wollte, es unbedenklich sein werde, sie im übrigen bestehen zu lassen. Der erwähnte Mißgriff wurde jedoch fast unheilbar, als man die politische Wahlberechtigung und die Befähigung zum Amte eines Geschworenen identificirte und dadurch geradezu, bei den damaligen Wahlgesetzen, darauf verzichtete, in der Persönlichkeit der Geschworenen diejenigen Garantieen zu erhalten, bei denen man die Entscheidung schwieriger Fälle einem Collegium von zwölf Männern mit Zuversicht übertragen könnte. Die politische Wahl wird fast stets eine Parteiwahl sein. Die Einseitigkeit, in welcher ein politischer Wahlcandidat seine Ansicht mit Wärme vertritt, empfiehlt ihn seiner Partei, nicht die Unparteilichkeit[20]), und über seine Wahl entscheidet der zufällige Umstand, ob seine Partei in der Zahl der Anhänger die übrigen Parteien überwiegt oder nicht. Die große Menge ist überhaupt wohl nie befähigt, die geistig-moralische Bedeutung des Einzelnen gehörig zu würdigen und in ihrem Urtheile sich nicht durch zufällige Aeußerlichkeiten bestimmen zu lassen. So wurde naturnothwendig der Dienst der Gerechtigkeit eine Parteisache, — und die wechselnden Ansichten und Bedürfnisse im Staatsleben die

20) Gneist, die Bildung des Geschwornengerichtes S. 200 flg.

Grundlage für die Wahl der Geschworenen, denen die Handhabung der Strafjustiz übertragen werden sollte, — so wurden Recht, Gesetz und Gerechtigkeit dem politischen Parteitreiben preisgegeben und hierdurch der neuen Institution alles Vertrauen geraubt. Es ist von anderer Seite bereits darauf aufmerksam gemacht worden, daß die Gegner der Jury selbst keine dieser nachtheiligere Maßregel treffen konnten, als es hier von den Freunden derselben geschehen ist. Es ist dieser Mißgriff um so auffälliger, als selbst in dem Kreise der letzteren gewichtige Stimmen genug sich erhoben, welche vor dieser Vermischung der politischen Wahlberechtigung und der Berufung zum Geschwornenamte ernstlichst warnten und die Jury als eine Rechtsanstalt auffaßten und einzuführen gemeint waren.

Bevor wir nun auf eine Schilderung der Einführung und Entfaltung der Schwurgerichte in Teutschland eingehen, müssen wir einen Rückblick auf die englische und auf die französische Geschwornengerichtsverfassung werfen.

Was die englische Jury anlangt, so verdanken wir insbesondre den Forschungen Biener's und Mittermaier's ein klareres Einsehen in die Genesis und Entwickelung derselben. Nicht minder haben Philipps, Dahlmann, Michelsen, Wilda, v. Maurer, v. Daniels, Gundermann, Köstlin, Gneist u. A. wichtige Arbeiten geliefert. Ferner sind hier die Werke Stemann's, Höpfner's, Braun's, Dernburg's, Temme's, Orelli's, Rüttimann's und Leue's sowie aus früherer Zeit Hornthal's zu nennen. Eine Vergleichung der englischen und französischen Jury verdanken wir Hepp (im Crim. Archive 1849 S. 368 flg, 586 flg. 1850 S. 1 flg.). Von besonderer Wichtigkeit sind hier auch in Betreff der englischen Jury die Uebertragungen und sonstigen Arbeiten Mühry's, Marquardsen's, Glaser's u. A. m.

Ein reichhaltiges Material, wie es nur teutsche Gründlichkeit und Unermüdlichkeit schaffen kann, ist in diesen Werken uns geboten. Wir glauben im Interesse der Leser zu handeln, wenn wir bei der folgenden Darstellung uns streng an die Ausführungen Biener's in seinem Werke, das englische Geschwornengericht (Leipzig 1852 in 2 Bdn.)[21]) anschließen und sie im Auszuge hier vortragen.

Die Erörterungen über den Ursprung des Geschwornengerichtes halten sich entweder an die Ergebnisse der Geschichte und untersuchen betreffs der englischen Jury, ob sie aus germanischer, also angelsächsischer

---

21) Vgl. noch Dess. Abh. aus d. Gebiete d. Rechtsgesch. (Heft 1 über die Einführung d. Geschwornengerichte in England) und Dess. Abhandl. über die Criminaljury in England und deren Zukunft (in d. Krit. Zeitschr. d. RW. d. Ausl. Bd. XXV, S. 200 flg.).

Wurzel oder aus einer Uebertragung aus der Normandie herrühre, welche es entweder aus einheimischer, etwa karolingischer Bildung empfangen oder als eine nordische Tradition aus den früheren Wohnsitzen der Normannen beibehalten habe — oder sie erörtern die vor und neben dem Geschwornengerichte bestehenden processualischen Verhältnisse und finden in ihnen eine dem Charakter der ersteren entsprechende Analogie. Hierher gehören diejenigen, welche die Geschworenen in Parallele mit den Schöppen oder aber mit den Eideshelfern setzen oder auch sie mit den Zeugen vergleichen oder auch wohl sie für eine Verbindung von Schöppen und Eidhelfern oder von Zeugen und Urtheilern halten. Mehrere der letzteren Rechtsgelehrten entlehnen hierbei selbstverständlich ihre Argumente noch aus der Geschichte. So kommen die Ausführungen Philipps's, Maurer's (in s. Gesch. des altgerm. öffentl. Gerichtsverf. S. 107 flg. und in s. Abh. über die Freipflege), Michelsen's (v. d. Genesis der Jury), Köstlin's (Wendepunkt &c.) u. A. auf einen angelsächsischen Ursprung zurück, während Dahlmann (in der Zeitsch. f. teutsch. Recht Bd. X, S. 185 flg.), Daniels (Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt) und Biener selbst, wenngleich letzterer in der Bezeichnung und Entwickelung der ersten Elemente der Jury im normännischen Rechte nicht übereinstimmte, den Ursprung des letzteren aus diesem Rechte ableiten. Die historischen Erklärungen sind, wie Biener sehr richtig bemerkt, nichts weiter als Nachweisungen, daß das Geschwornengericht seinem Charakter nach in die zur Zeit seiner Entstehung gangbaren Vorstellungen passe und in seinen Eigenschaften mit einer oder der anderen damals vorhandenen processualischen Einrichtungen zusammentreffe. Rogge (über d. Gerichtswesen der Germanen S. 187 flg.) macht die Uebereinstimmung der englischen gr. Jury mit den Eideshelfern des Klägers und der Urtheilsjury mit den Eideshelfern des Beklagten (indem den Geschworenen nach Abstellung der Gottesurtheile auch die Function der schwörenden Richter übertragen wurde) geltend. Philipps (engl. Rechtsg. II, S. 283 flg.) erklärt die englischen Geschworenen aus einer allmäligen Vereinigung von Eideshelfern und Schöppen. Maurer nimmt die Eideshelfer des Klägers als die Elemente der Jury an[22]). Demnächst finden Hegel und in Ausbildung des Gedankens desselben (Naturrecht §. 228) Gans, sowie mehr oder weniger auch Köstlin und Gundermann (in einseitiger Beziehung auf Strafsachen und Köstlin in Verbindung und Verarbeitung seiner Ansichten über germanische Weltanschauung, zum Theil mit Beziehung auf die Eideshelfer), daß die Jury, gleichsam in Repräsentation des Angeschuldigten, durch ihr Schuldig das Geständniß des Leugnenden vertrete, indem man ihr einen Reinigungseid auf ihr Gewissen für Rechnung

---

22) Vergl. übrigens noch Brackenhöft, Gerichtssaal 1855 Bd. I, S. 95 flg.

eines Anderen antrage. Hegel findet (§. 358) die Charakteristik der germanischen Weltanschauung in der Versöhnung der innerhalb des Selbstbewußtseins und der Subjectivität erschienenen objectiven Wahrheit und Freiheit. Biener hat mit schlagenden Gründen gezeigt, wie diese Auffassung Köstlin's, welche ohnedem auf die Civiljury nicht passe, mit den geschichtlichen Thatsachen nicht übereinstimme und Köstlin über der einseitigen Verfolgung eines vorgesteckten Zieles die freie Beurtheilung in geschichtlichen Thatsachen aufgegeben habe. Gundermann (Gesch. d. Entstehung d. Jury in England 2c. u. über die Einstimmigkeit der Geschworenen) findet, daß das altgermanische Beweismittel des Eides in der Fortbildung des Strafprocesses zuletzt zur Jury führe, indem er von der Handhaftmachung der That und dem nahe verwandten Voreide des Klägers mit Eideshelfern ausgeht. Biener erklärt den Hauptgedanken für verfehlt, weil die Entstehung der Urtheilsjury aus der Rügenjury nicht begründet sei. Wenn auch in beiden eine subjective Bewährung der Schuld zum Grunde liege, so sei doch die Rüge eine Klage, die Urtheilsjury eine Vertheidigung gegen die Klage. Es fehle der Nachweis, wie die subjective Bewährung dazu gekommen, in das Gegentheil umzuschlagen, nicht dem Kläger, sondern dem Beklagten zu dienen, so daß also gleichsam aus den Eideshelfern des Klägers Eideshelfer des Beklagten hervorgehen. Biener erklärt auch die Auffassung Rintel's, von der Jury, welcher in ihr, selbst in der neueren Zeit, ein Zeugniß erblickt, als verfehlt. Biener bemerkt ferner gegen Gneist (Bildung des Geschwornengerichtes), welcher im wesentlichen die Köstlin'schen Hauptsätze reproducire, daß, wenngleich das Geschwornengericht im germanischen Boden seine Wurzel haben müsse, man nicht erwarten könne, daß schon in dem ältesten privatrechtlichen Criminalprocesse die Grundidee des Geschwornengerichtes vorliegen solle, weil der Uebergang aus diesem Processe zu der Verfolgung im öffentlichen Interesse, zu dem Inquisitionsprincipe, welches den Geschwornengerichten zum Grunde liegt, nicht ohne bedeutende Umwandlungen in der Grundlage vor sich gehen könne. Es widerstreben dem Gedanken des Geschwornengerichtes zwei Verhältnisse des alten Processes (bemerkt Biener), erstlich, daß nach der Schuld nicht gefragt wurde, weil die That an sich selbst zu dem Wehrgelde und sonstigen Ersatze verpflichtete, zweitens, daß die Schöppen die Thatsache so annehmen mußten, wie sie durch Kampf, Eid und Gottesurtheil festgestellt war, und nur das Recht zu finden hatten. Daß endlich die Geschwornengerichte nicht als eine altgermanische Einrichtung, wie wir sie in den Volksgerichten und den Schöppen der alten Zeit finden, aufzufassen sei, kann wohl jetzt als eine ausgemachte Thatsache angesehen werden, wenngleich diese Ansicht lange Zeit dazu benutzt wurde, dem Geschwornengerichte eine vaterländische Färbung zu verleihen und es selbst hierdurch zu empfehlen.

Die englische Jury wurzelt in alten civilprocessualen, aus dem

Rechte der Normandie nach England übertragenen Vorschriften[23]). Durch einen Reichstagsbeschluß des Königs mit den Großen des Reiches, also durch eine assisa[24]), wurden für gewisse bestimmte Civilfälle die recognitiones eingeführt[25]). Statt dieser Bezeichnung wurde der Ausdruck assisae bald gewöhnlich. Diese assisae traten in bestimmten civilprocessualen Fällen ein. Die letzteren bezogen sich hauptsächlich auf Eigenthums- und Besitzstreitigkeiten. Bei den placitis de proprietate galt sodann folgendes Verfahren: Der Beklagte hatte, nachdem der Kläger bei dem Klaganbringen sich zum Beweise durch Duell erboten, die Wahl, das letztere anzunehmen oder se ponendi in assisam et petendi recognitionem. Der Kläger kann das Letztere annehmen oder der Recognition widersprechen, weil sie im vorletzten Falle nicht statthaft sei. Der Beklagte wirkt hierauf ein breve de pace, ein Inhibitorium aus und der Kläger beantragt bei der curia regia die Ernennung von IV legales milites de vicineto. Die letzteren wählen in Gegenwart der Parteien, denen das Recusationsrecht zusteht, XII legales milites ad recognoscendum. Diese 12 werden, nachdem sie zuvor angewiesen worden, den streitigen Gegenstand sich zu besehen, zu einem Termine vorgeladen. Der Richter hat sich zu erkundigen, ob die Geschworenen Kenntniß von dem streitigen Rechtsverhältnisse haben und diejenigen, bei denen sie mangelt, durch andere zu ersetzen. Sind zwölf Kundige versammelt, so schwören sie, quod non falsum inde dicent nec veritatem tacebunt und ertheilen nach vorheriger geheimer Besprechung ihren Spruch (veredictum), nach welchem der Richter entscheidet. Theilen sich ihre Stimmen, so werden neue hinzugewählt, bis zwölf in einer Ansicht sich vereinigen. Bei Incidentpunkten kommt noch zuweilen ein veredictum vicineti vor, welches ein Zeugniß der Nachbarschaft ist. Die recognitio per assisam gilt nur in gewissen vom Gesetze anerkannten Fällen und kann nur von der curia regis oder den vom König ausgesandten Justitiarien ausgehen. Wo sie nicht zulässig war, fand man bald eine Auskunft in der iurata. Diese trat ein, wenn die Parteien auf die schiedsrichterliche Entscheidung einer bestimmt anzugebenden Frage sich einigten. Biener[26]) hat die Vermuthung aufgestellt, daß schon vor Einführung der Recognitionen in solchen Fällen, wo vor der

---

23) Vgl. Biener, d. Gesch. d. Inquisitionsproc. S. 253 flg. in Verb. mit Desselben, d. engl. Geschwornenger. Bd. I, S. 33 flg.

24) Assisa bedeutet zunächst jede Sitzung einer Versammlung, sodann ein in derselben gegebenes Gesetz und ist endlich später gleichbedeutend mit recognitiones zu nehmen. Diese Gleichstellung beruht auf der Formel: ponere se in assisam et petere recognitionem, wo assisa noch soviel als Gesetz bedeutet.

25) Biener, das engl. G. Bd. II, S. 57 weist darauf hin, daß diese Reichsschlüsse das noch jetzt in England bestehende Institut der richterl. Rundreisen zuerst bleibend organisirt haben, wodurch es allein möglich wurde, die Geschwornengerichte einzuführen und doch dieselben nicht den kgl. Untergerichten zu überlassen.

26) A. a. O. u. Beiträge S. 248 flg.

curia regis eine Partei wegen factischer Thatsachen sich auf das Zeugniß der Gemeinde berief, zuweilen XII meliores aus der Gemeinde einberufen wurden, um durch ihr eidliches Zeugniß die Sache festzustellen. Die iurata, hervorgegangen aus dem veredictum vicineti, fand insbesondre statt, wenn in Klagen, für welche assisa gewährt ist, sich bei der Verhandlung der Sache Exceptionen, die ihre besondere Grundlage haben und auf welche daher die assisa nicht Anwendung litt, ergaben. In solchen Fällen wurde die assisa durch die Uebereinkunft der Parteien in eine iurata verwandelt und es sprachen die einberufenen Geschworenen über die Exception nicht als assisa, sondern als iurata. Die iurata war übrigens gleichfalls der curia regia vorbehalten. Gegen den Spruch einer assisa konnte der unterliegende Theil auf die Entscheidung (convictio-attainte) einer iurata von XXIV antragen, nicht auch gegen den Spruch einer iurata. Dieser war ein Schiedsspruch. Biener bemerkt noch[27]: die assisa, als Surrogat des Duells, entschied den Kern des ganzen Processes, ob der Kläger Recht habe oder der Beklagte, also Thatsache und Recht; für die iurata dagegen ergab sich der Streitpunkt, der zur Entscheidung der Geschworenen gestellt wurde, aus den Verhandlungen der Parteien und er war factischer Natur; er wurde durch Uebereinkunft festgestellt und vom Richter formulirt. Die iurata ist die Grundlage der heutigen Civiljury. Der Spruch der assisa war ein definitives Urtheil, der der iurata dagegen ein Beweismittel für die Parteien, auf welches der Richter seine Entscheidung stützte. Die Geschworenen sind jedoch schon mehr als bloßes Beweismittel, indem sie nicht mehr allein aus eigener Wissenschaft, sondern auch ex credulitate et conscientia urtheilen dürfen und bereits Instruction über den Stand des Rechtshandels von dem Richter erhalten. Dagegen ist es erst im 13. Jahrhunderte aufgekommen, daß die Parteien in Gegenwart der Geschworenen verhandelten und hierdurch diese die Eigenschaft von Schöppen erhielten, wie auch der Unterschied zwischen assisa und iurata nach und nach verschwand und die Geschworenen lediglich als iurata galten.

Was nun die Criminaljury anlangt, so finden wir, daß in älterer Zeit im Wege einer Rüge, welche von mehreren unterstützt wurde, eine Criminalsache angebracht und verfolgt werden konnte, was aber in der Regel nur zu einer Reinigung (durch Eid rc.) führte. Hiermit verwandt ist die Gesammtbürgschaft, durch welche die Gemeinde im Falle eines in ihrer Mitte verübten Verbrechens verpflichtet war, den Verbrecher zu stellen oder den Schaden zu ersetzen. Die Justitiarien des Königs (iustitiarii itinerantes) ließen durch gewählte Mitglieder jeder Hundreda eines Comitats zwölf Männer zur Anzeige der Verbrechen und Erklärung über die ihnen vorgelegten Fragen bestimmen. Die Anklage selbst fand entweder durch einen bestimmten accusator oder durch das Gerücht (infamia) oder die Rügejury statt. Bei der Flucht,

27) Engl. Geschwornengericht S. 74.

dem Geständnisse sowie der handhaften That des Angeklagten war weiter kein förmlicher Beweis erforderlich. In den übrigen Fällen ist zu unterscheiden, ob ein Ankläger oder ein indictamentum ohne Ankläger vorhanden war. Im ersteren Falle konnte der Angeklagte das Duell wählen oder super patriam ponere. Im letzten Falle, wo also bereits eine Rüge der Jury vorlag (indictatus est per famam patriae) — welche übrigens der Prüfung des Justitiars untergestellt wurde, — blieb dem Angeklagten nur das ponere super patriam übrig. Die Rügejury, welche anfänglich auch als Urtheilsjury nach anderweiter Vereidung zusammengetreten, wurde später von dieser letzteren getrennt, und die Urtheilsjury aus anderen Mitgliedern als die Rügejury gebildet. Aber auch noch jetzt findet eine Mittheilung der etwa erhobenen Umstände an die Jury oder eine Verhandlung vor der letzteren nicht statt. Die Jury war ein Zeugniß der patria, in welchem jedoch, da die Frage an sie ganz allgemein gerichtet wurde, ob jemand culpabilis de hoc vel illo sei, zugleich die Entscheidung über die Rechtsfrage mit enthalten war. Die Entscheidung mußte, als Zeugniß der Gemeinde, einstimmig erfolgen. Es wurden zu dessen Herbeiführung statt der nichtwissenden Geschworenen andere hinzugezogen (affortiare), bis die Einstimmigkeit erlangt war. Allenthalben trat hierbei die Geltung der Inquisitionsmaxime vor. Nur in der späteren Zeit wurde sie weiter zurückgedrängt und ebenso die ursprüngliche Eigenschaft der Geschworenen, als Wissende und Zeugen, verwischt, so daß sie den Charakter von Schöppen annahmen. Ebenso erfolgte der Ausspruch der Rügejury nicht mehr auf Grund eigener Wissenschaft, sondern sie konnte auch Mittheilungen des Klägers ꝛc. entgegennehmen. Die Geschworenen waren übrigens noch zur Zeit Eduard's I. nur Zeugen, und als diese Auffassung nicht mehr paßte, wurden ihnen die schriftlichen Auslassungen des Angeklagten, der Zeugen ꝛc. vorgelegt. Die Vernehmung von Zeugen vor der Jury wurde erst unter Eduard VI. und Maria geregelt, während vorher es als eine große Begünstigung und Ausnahme betrachtet wurde, wenn dem Angeklagten gestattet wurde, für seine Defension Zeugen zu berufen; auch wurden diese Zeugen nicht vereidet und daher ihre Aussagen weniger beachtet.

Dieser Zusammenhang der Jury mit dem alten Beweisverfahren[28]) wird noch dadurch bestätigt, daß statt des Duells auch auf den Ausspruch der Jury berufen wurde, wenn der Ankläger oder der Angeklagte zum Kampfe untüchtig war oder wenn der letztere wegen handhafter That oder Ausbruch aus dem Gefängnisse das Recht zum Kampfe verloren hatte oder wenn das Verbrechen im Namen des Königs verfolgt wurde,

28) Vgl. noch Maurer, über die Freipflege ꝛc. S. 52 flg. Mittermaier, über die neuesten Forschungen in England in Bezug auf die Geschichte und die Bedeutung der Schwurgerichte, in d. Zeitschr. f. d. Gesetzgeb. des Ausl. Bd. XXIV, S. 360 flg. Brackenhöft, im Gerichtssaale 1855 Bd. II, S. 179 flg.

weil rex non habet campionem nisi patriam[29]). Früher frug man daher: quomodo se defendere velit und der Angeklagte konnte statt des Duells die Jury anrufen. Sie war also ein Vertheidigungsmittel, ein Zeugniß für den Angeklagten. Sobald er weder zum Duell sich erbot, noch auf das Zeugniß der Jury sich berief, war er unvertheidigt und gab seine Sache selbst auf. Späterhin wurde die Frage gestellt, wie er gerichtet werden wolle, und es wurde hierdurch anerkannt, daß die Geschworenen die Richter der That geworden, denen man die Beweise vorlegte. Als endlich diese Frage wegblieb, sprach man hierdurch aus, daß Niemand ohne Spruch der Jury verurtheilt werden solle. Die Jury wurde hierdurch zu einem nothwendigen Bestandtheile der Gerichtsorganisation erhoben und zugleich die politische Natur derselben anerkannt.

Aus den oben erwähnten Rügenjurys ist die sogenannte große Jury entstanden. Sie ist — wie Biener bereits nachgewiesen hat — aus der bildenden Praxis der Justitiarien hervorgegangen und stand in Verbindung mit der von dem Friedensrichter abzuhaltenden vorläufigen Examination und Information. Ist auch ihr ursprünglicher Beruf, eine Rügejury für den Comitat abzugeben, nicht mehr maßgebend, so beruht doch noch jetzt ihr Wesen, mehr oder weniger, in dem Systeme der Privatdenunciation. Sie war dazu berufen, dem Verletzten, welcher sich mit seinem Antrage an die Jury wendete, die Möglichkeit zu verschaffen, daß die Anklage, wenn sie von der großen Jury angenommen und zu einem Indictement gemacht wurde, im Namen des Königs verfolgt wurde. Die öffentlichen Ankläger in England und Schottland sind daher nicht verpflichtet, mit ihrer Anklage sich zuvor an die große Jury zu wenden[30]).

Ist nun auch die englische Jury, ihrem Ursprunge und ihrer anfänglichen Entwickelung nach, kein politisches Institut, sondern eben nur ein Zeugniß, zunächst im Civilprocesse, und eine Bürgerpflicht der zum Zeugniß aufgerufenen Gemeindemitglieder, so trat doch der politische Charakter derselben mehr in den Vordergrund, als die Geschworenen zu Richtern der That berufen wurden und hierbei bestrebt waren, in Fällen, wo ihre Ueberzeugung mit der Anweisung der Justitiarien nicht übereinstimmte, von letzterer sich frei zu machen und die Unabhängigkeit zu erlangen. Dieser Charakter mußte immer mehr erstarken, je mehr von anderer Seite die Unterdrückung desselben angestrebt und namentlich unter Karl II. und auch später versucht wurde, die Abhängigkeit der Jury von den Richtern wiederherzustellen. Mit Entschiedenheit wurde die politische Seite der Jury geltend gemacht und sie selbst als ein Bollwerk der bürgerlichen Freiheit gerühmt, als in der Mitte des vorigen Jahrhundertes Seiten des englischen Hofes verschiedene Versuche behufs

29) Biener, engl. Geschwornengericht Bd. I, S. 111.
30) Biener a. a. O. Bd. II, S. 38.

der Einschränkung der Volksrechte unternommen wurden. Es ist hierbei natürlich nur von der Jury in Strafsachen die Rede, indem die Civiljury, wenngleich sie in ihrer Entwickelung zumeist der Criminaljury vorausging, von den politischen Bewegungen nicht so tief berührt wurde wie letztere und daher auch in ihrer Competenz auf die Thatfrage beschränkt blieb [31]). Dessenungeachtet ist es eine geschichtliche Thatsache, daß auch die Geschworenen in den Zeiten politischer Bewegung als ein solches Bollwerk sich nicht stets bewährten und daß die blutigen Verfolgungen in der Zeit von Heinrich VIII. bis Jacob II. unter den Formen von Geschwornengerichten und unter Mitwirkung von Geschworenen verübt wurden. Man braucht nur an die Bluturtheile zu erinnern, welche unter dem Vorsitze von Jeffries erlassen wurden und bei denen Geschworene mitwirkten, um zu zeigen, daß auch die Geschworenen theils den Muth, theils den sittlichen Ernst und das Gefühl für Gerechtigkeit nicht besaßen, um den an sie gestellten Forderungen der Willkür entgegenzutreten und den Einfluß der Bestechung, Bedrohung und Einschüchterung von sich abzuweisen. Dagegen zeigt andererseits der berühmte, geradezu eine Epoche in der englischen Geschichte bildende, Proceß gegen die Bischöfe, daß die Geschworenen, dafern sie nur einige Unterstützung bei den Richtern fanden, mit edlem Freimuth der Mahnung der Gerechtigkeit Ausdruck verliehen.

Bereits oben ist darauf hingewiesen worden, daß die englische Jury in dem Inquisitionsprincipe wurzelt [32]). Die Voraussetzung bei der Jury, daß die Geschworenen selbst Kenntniß von der Sachlage erlangt haben und auf Grund derselben ihren Wahrspruch ertheilen, weist darauf hin. Mit der Aufgabe dieser Voraussetzung wurde freilich die Entwickelung des Inquisitionsprincipes gestört und durch die Beweisführung der Parteien vor der Jury, ohne Betheiligung derselben oder der Richter bei der Aufnahme des Beweises, das Anklageprincip anerkannt. Dasselbe spricht sich insbesondre in der Art und in den Formen des Beweises aus, bei welchem auf der einen Seite die Erhebung und der Beweis einer bestimmten Anklage, auf der anderen Seite der Mangel jedweder Nöthigung des Angeklagten zu einer Aussage maßgebend ist. England hat auch eine Zeit gekannt, in welcher sowohl die Folter die gewünschten Geständnisse erpreßte, als auch die Friedensrichter in den Verhören die nöthigen Aussagen durch List und Drohungen sowie durch Versprechungen zu erlangen wußten. Gerade dieser Mißbrauch hat zu einer freieren Stellung des Angeklagten geführt und ihm die Sicherheiten gegen unbegründete oder parteiische Anklagen verschafft. Ein Verhör des Angeklagten im Sinne unseres teutschen

---

31) Vgl. Biener Bd. I, S. 329 flg. in Verb. mit Mittermaier, im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. XXXII, S. 452 flg.

32) Vgl. noch Walther, die Rechtsmittel im Strafverf. Bd. I, S. 78 flg. Dagegen Mittermaier, im Archiv für das Criminalrecht 1854 S. 132 flg. Brackenhöft a. a. O. S. 171 flg.

Verfahrens findet weder in der Voruntersuchung, noch in der Verhandlung vor der Jury statt. Der Ankläger ist derjenige, den auch die Last des Beweises trifft, und die Vertheidigung des Angeklagten ist der Willkür desselben überlassen. Dagegen macht sich das, in der älteren Zeit bereits auch durch die Gesammtbürgschaft anerkannte inquisitorische Element insoweit immer noch geltend, als eine amtliche Thätigkeit auf die Entdeckung und Verfolgung der Verbrecher gerichtet ist [33]). Die neue Polizeieinrichtung, welche vorzugsweise dafür sorgt, daß die Verbrecher entdeckt und vor Gericht gestellt werden, — das Institut der Friedensrichter, — die amtliche Thätigkeit der Kronbeamten bei gewissen Verbrechen, — selbst die Stellung der großen Jury und die Form der Verhandlung, nach welcher der Proceß zwischen der Königin, als der obersten Trägerin der höchsten Gewalt und der Bewahrerin des Friedens, und dem Angeklagten geführt wird, — weisen darauf hin, daß man in der Verfolgung der Verbrechen einen Schutz des allgemeinen Interesses und der allgemeinen Wohlfahrt erblickt.

Es liegt nicht in dem Zwecke des gegenwärtigen Artikels, eine specielle Darlegung des englischen Strafverfahrens zu liefern, welche überdies schon durch das classische Werk Mittermaier's [34]) in Verbindung mit den von demselben in der kritischen Zeitschrift der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes mitgetheilten Berichten dargeboten ist. Vielmehr haben wir es gegenwärtig nur mit der Jury Englands zu thun. Wir werden auch bei der folgenden Schilderung den bewährten Darstellungen Biener's, Mittermaier's, Stemann's, Mühry's u. A. uns anschließen [35]).

Das englische Recht hält den Satz fest, daß Niemand wegen eines schwereren (vor die Vierteljahrssitzungen oder die Assisen gehörigen) Verbrechens vor Gericht gestellt werden darf, wenn nicht durch ein Anklageschwurgericht die Anklage gegen ihn ausgesprochen worden ist [36]). Dasselbe soll die Idee der öffentlichen Anklage verwirklichen und andererseits den Beschuldigten vor ungerechten Verfolgungen schützen. Die Anklagejury vertritt das Gemeindezeugniß der großen jurata (die fama patriae) und sie kann daher sowohl selbst anklagen, als die ihr vorgelegten Anklagen genehmigen und sie dadurch zu den ihrigen machen.

---

33) Mittermaier, das engl. rc. Strafverf. S. 60 flg.

34) Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverf. Erlangen 1851.

35) Wir verweisen hierbei noch auf die Mittheilungen Marquardsen's, über englische Rechtszustände (Gerichtssaal Jahrg. II. Bd. I, S. 163 flg., 267 flg.), auf die Darstellung des englischen Verfahrens von Dr. Glaser (zu Wien) und die Rüttimann'sche Schrift.

36) Vgl. Biener, engl. Geschw. G. I, S. 130 flg. und im Archive des Crim. R. 1849 S. 74 flg. Mittermaier a. a. O. S. 263 flg. u. Archiv d. Crim. R. Bd. IX, S. 674. Zeitschr. f. ausl. RW. Bd. XVIII, S. 451 flg. — Ueber den englischen Gesetzentwurf, die Aufhebung des Anklageschwurgerichtes betr. vgl. Mittermaier, in der Zeitschr. f. ausl. RW. Bd. XXII, S. 139 flg.

Dem Einbringen solcher Anklagen wird durch die Erörterungen, welche durch Polizeibeamte und vor den Friedensrichtern vorgenommen werden, in die Hände gearbeitet, obgleich diese zunächst in Verbindung mit der vorläufigen Entlassung des Angeschuldigten auf Bürgschaft stehen und zur Entscheidung über dieselbe angestellt werden. Die Entscheidung des Friedensrichters ist kein indictment und daher noch nicht zur Stellung des Angeschuldigten vor die Urtheilsjury geeignet. In dem Charakter der Anklagejury als einer Rügenjury liegt es zugleich, daß sie zu ihrer Information den Ankläger und dessen Zeugen, nicht auch den Beschuldigten vernimmt. Die große Jury vertritt die Interessen der Grafschaft und ist berechtigt, wahrgenommene Mängel öffentlicher Einrichtungen auszusprechen. Sie wird vor jeder Assise oder Vierteljahrssitzung aus der von dem Sheriff hierzu entworfenen Liste gebildet und besteht aus höchstens 23 und mindestens 12 Personen, indem zu einem Ausspruche derselben wenigstens 12 übereinstimmende Vota erfordert werden, gleichviel ob die Zahl der Mitglieder eine höhere als zwölf ist. Ein bestimmter Census ꝛc. ist nicht erforderlich. Die große Jury wird vereidet, — erhält, nach Befinden, vom Richter eine Belehrung im allgemeinen und über einzelne vorliegende Fälle, — und berathet über die ihr zugewiesenen Anklagen in geheimer Sitzung, wo sie auch die Befragung des Anklägers und der Zeugen desselben vornimmt. Die große Jury, welche häufig ermahnt wird, ihre Aufgabe mit der der Urtheilsjury nicht zu verwechseln, soll prüfen, ob der Beweis gesetzlich genügt (weshalb sie den Rath des Richters einholen kann), und überhaupt nur dann die Anklage zulassen, wenn sie der Ueberzeugung ist, daß die vorgebrachten Beweise zur Ueberführung des Angeklagten vor der Urtheilsjury ausreichen werden, nicht aber zum Beispiel davon ausgehen, daß die Beweise bei der vor der Urtheilsjury stattfindenden Verhandlung noch Unterstützung finden würden [37]).

Die Nachtheile dieser einseitigen Information der Anklagejury, welche überdies bei ihrer Prüfung meistens mit großer Eilfertigkeit zu verfahren pflegt und in der Regel die Anklagen für begründet erklärt, sind schon vielseitig erörtert und anerkannt worden [37a]). Es ist eine Thatsache, daß diese Einrichtung häufig von böswilligen Anklägern zu Erpressungen benutzt wird [37b]), und daß die Zeugen, da sie ohne Controle der Oeffentlichkeit, wenngleich eidlich, und ohne Aufnahme eines Protocolles abgehört werden, leicht zu Unwahrheiten und Nachlässigkeiten

---

37) Mittermaier a. a. O. S. 275 flg. Biener I, S. 216 flg.

37a) Biener, Archiv a. a. O. u. engl. Geschworneng. Bd. II, S. 40 flg. Vgl. noch Mühry, in der Ausgabe v. Stephens Handb. S. 586 flg.

37b) Dies kann um so leichter geschehen, als eine in der Voruntersſ. abgewiesene Anklage sowie überhaupt jede Anklage direct bei der großen Jury angebracht und vor derselben, ohne vorherige Notiz an den Beschuldigten, verhandelt werden kann.

verleitet werden [37c]). Es ist ferner die Einrichtung so mangelhaft, daß weder der Staat gegen die Entlassung von Schuldigen, noch der Angeschuldigte gegen übereilte Anklagen gehörig sicher gestellt wird, zumal die große Jury auch die rechtliche Seite der Anklage prüfen soll. Mittermaier bemerkt S. 283, daß, wenngleich diese Nachtheile auch in England nicht verkannt würden, doch die Frage, was an die Stelle der Anklagejury zu setzen sei [38]), sehr bestritten und daher das Dasein einer entschiedenen Ansicht englischer Juristen, die große Jury aufzuheben, nicht angenommen werden könne [38a]).

Abgesehen von den Fällen, in denen der Friedensrichter auf Grund einer summarischen Erörterung sofort in der Hauptsache die Entscheidung ertheilt (summary conviction) und deren Zahl infolge wiederholter, die Nützlichkeit dieser Verfahrensart anerkennenden Parlamentsstatute fortdauernd wächst [38b]), — ist mit sämmtlichen Strafgerichten Englands die Mitwirkung der Urtheilsjury verbunden. Unter denselben sind als die ordentlichen Gerichte der vierteljährigen friedensrichterlichen Sitzungen und die Assisen begriffen. Den Friedensrichtern ist in ihren vierteljährlichen Sitzungen eine förmliche Criminaljurisdiction schon in älterer Zeit beigelegt worden. Es war damals bestimmt, daß sie dies Geschäft unter Mitwirkung königlicher Richter oder anderer Rechtsverständiger verwalten sollen. Diese Mitwirkung von Rechtsgelehrten ist in der neuesten Zeit theils gesetzlich regulirt worden, theils durch die Praxis noch mehr in Aufnahme gekommen, da sie bei der Wichtigkeit der hierher gehörigen Straffälle und bei dem Einflusse des Vorsitzenden auf die Urtheilsfällung der Geschworenen ein dringendes Bedürfniß geworden war [38c]). Die Competenz der friedensrichterlichen Quartalsitzungen, gegenüber der der Assisen, ist neuerdings durch Stat. 5. 6. Victor. c. 38. gesetzlich normirt worden [39]). Die Vierteljahrssitzungen der Friedensrichter haben außerdem die Appellationen gegen die Civilurtheile und gegen die auf summary conviction gegründeten Verurtheilungen der

---

37c) Biener a. a. O. S. 42. Die Collusionen werden systematisch betrieben.

38) Hierher gehören die Vorschläge der Jury einen rechtsverständigen Clerc beizugeben, — Advocaten zuzulassen, — die Vorlegung einer Anklage an die große Jury nicht ohne vorherige Erörterung in einem Verfahren zu gestatten.

38a) In Schottland, wo das Strafverfahren eine andere Entwickelung nahm, besteht keine Anklagejury. Nur, wenn die Anklage auf Hochverrath lautet oder ein schottischer Pair eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens beschuldigt wird, bedarf es der Zustimmung einer großen Jury.

38b) Stephen-Mühry S. 383 flg. Dieselbe Erfahrung zeigt sich auch in Civilsachen, wofür insbesondre die in neuester Zeit erfolgte Organisation der Grafschaftsgerichte einen sehr beachtenswerthen Beweis liefert.

38c) Mittermaier, d. engl. Strafverf. S. 291. Best-Marquardsen S. 461 flg.

39) Biener a. a. O. S. 146. Gneist, Bildung der Geschwornenger. S. 240.

Friedensrichter sowie eine Menge Verwaltungsangelegenheiten der Grafschaften zu erledigen[39a]). — Eine Mitwirkung der Jury findet noch bei der Amtirung des Coroner[40]) statt. Derselbe erscheint jetzt als derjenige gerichtliche Beamte, welcher im Falle eines anscheinend unnatürlichen Todes eines Menschen und mit Zuziehung von Geschworenen[41]) Leichenschau vornimmt, unter Abhörung von Zeugen[42]) die Todesursache u. s. w. zu ermitteln bemüht ist und über die letztere einen Ausspruch der Geschworenen herbeiführt. Bei bestimmten Indicien gegen eine gewisse Person als Urheberin des Todes wird dies in dem Verdicte der Jury ausgesprochen und von dem Coroner die Verhaftung verfügt. Wo Jemand in der inquest des Coroner als schuldig angeklagt wird, bedarf es einer Vorlage des indictment an die große Jury nicht[43]). Auch hier greift die Thätigkeit der englischen Polizei energisch und vermittelnd ein[44]).

Die Urtheilsjury in England[45]) ist nicht mehr die Berufung der Geschworenen aus der Nachbarschaft. Der Grund quia vicini vicinorum facta nosse praesumuntur litt, nachdem die Geschworenen nicht weiter als Zeugen betrachtet wurden, keine Anwendung mehr, und es hatte die Berufung aus der Nachbarschaft nur noch den Vortheil, daß die Berufenen die Glaubwürdigkeit der Zeugen häufig aus eigener Wissenschaft beurtheilen konnten[46]). Die neuere Praxis ist dieser Auffassung jedoch nicht günstig und ist der Ansicht, daß die Geschworenen ihre eigene Wissenschaft von der Sache nicht berücksichtigen dürfen, vielmehr verpflichtet sind, solche Wissenschaft in der Gerichtssitzung als Zeugen anzugeben[47]).

Nach dem Gesetze vom 22. Juni 1825 kann jeder Engländer Geschworener werden, welcher in einer Grafschaft Englands wohnt, 21 Jahre alt und eines entehrenden Verbrechens nicht überwiesen ist, zugleich in der Grafschaft aus Freigütern eine Rente von 10 Pfund oder aus Pachtgrundstücken von 20 Pfund besitzt oder Eigenthümer oder Miether eines Hauses hat, das wenigstens 15 Fenster hat oder der

39a) Mittermaier a. a. O. S. 291.

40) In neuerer Zeit wird hierzu in der Regel ein Attorney oder Arzt ernannt.

41) Diese werden in der Regel vom Constabel oder Gemeindediener bezeichnet.

42) Dieselbe ist jedoch nicht nöthig, wenn die Geschworenen selbst die nöthige Kenntniß von den Umständen des Falles haben. Der Coroner kann auch Sachverständige beiziehen.

43) Eine ausführliche Schilderung siehe bei Mittermaier a. a. O. S. 103 flg.

44) Ueber die engl. Polizeieinrichtung Mittermaier S. 106 flg.

45) Vgl. über die ältesten Nachrichten betr. des Eintretens ders. Biener Bd. II, S. 218 flg.

46) Biener Bd. II, S. 56.

47) Biener a. a. O.

Armentaxe unterworfen und zu 20 Pfund abgeschätzt ist[48]). Diese Bestimmungen beziehen sich jedoch nur auf die Mitglieder der kleinen Jury; auf die der großen Jury, wo es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, leiden sie keine Anwendung[49]). Der Dienst als Geschworener ist eine Verpflichtung, welche eine Befähigung zu ihrer Erfüllung voraussetzt, — nicht aber ein politisches Recht[50]). Auf dieser Erwägung beruhen sowohl die Bestimmungen über die Qualification als die Excusationen. Hieraus ist auch die Vorschrift über den Census zu erklären, durch welchen der Arme vor Uebernahme einer für ihn unmöglichen Last geschützt wird[51]). Aus den, nach diesen Bestimmungen gebildeten und durch die Friedensrichter revidirten Ortslisten (Districtsliste) wählt der Sheriff zu jeder Sitzung der Assisen 48 bis 72 Geschworene aus, bringt diese in ein schriftliches Verzeichniß (panel) und ladet sie zu den Assisen vor (Dienstliste). Nach dem Gesetze von 1825 hat der Sheriff bis zu 144 Geschworenen vorzuladen und in zwei Listen einzutragen, indem ein Theil in den ersten Tagen der Assise, der andere Theil in den übrigen Tagen zum Dienste berufen wird. Der Angeschuldigte sowohl als der Ankläger können aus bestimmten Gründen[52]) und überdies der Angeschuldigte ohne Angabe von Gründen (nicht auch der Ankläger[53])) Recusationen vorbringen. Diese Gründe beziehen sich theils auf die Zusammensetzung der ganzen Liste, theils auf einzelne, auf derselben eingetragene Personen[54]). Der Gebrauch von Recusationen kommt höchst selten vor. — Was die sog. Specialjury anlangt[55]), so wird dieselbe aus besonders befähigten Personen gebildet und nach dem Antrage einer Partei von dem Gerichtshofe (jedoch niemals bei Anklagen wegen Verrathes oder felony) gestattet. Sie kommt fast nur in Civilsachen vor, wo die Beurtheilung der Sache größere technische Kenntnisse verlangt. Die Specialgeschworenen erhalten besondere Vergütung.

Eine Schilderung des Ganges der Verhandlung bei den Schwurgerichten Englands liegt nicht im Zwecke dieses Artikels. Man kann auf die Darstellungen in den hierher gehörigen Schriften verweisen[56]).

---

48) Biener S. 57 flg. Mittermaier S. 373 flg. Stemann S. 31 flg. Gneist S. 80 flg., 85 flg. Heffter, im Criminalarchiv 1849 S. 5 flg.

49) Stemann S. 34. Vgl. noch Biener S. 86. Mühry S. 416, 584.

50) Vgl. noch Biener S. 91. Ein politisches Recht liegt auf Seiten des Angeklagten vor, der sich auf seine patria und die Entscheidung derselben beruft; für die letztere ist es eine Verpflichtung, dem Rufe zu folgen.

51) Biener S. 92. Gneist S. 171.

52) Mühry S. 490 flg. Stemann S. 42 flg. Mittermaier S. 384 flg. Gneist S. 99 flg.

53) Mittermaier a. a. O. u. Gneist S. 103.

54) Mittermaier S. 386 flg. In Betreff der Anklagejury ist die Möglichkeit zu Recusationen bei der Art ihrer Einberufung ꝛc. beinahe ausgeschlossen.

55) Mittermaier S. 381.

56) Vgl. Mittermaier S. 404 flg. in Verb. mit Stemann und

Es sind vielmehr hier nur folgende Punkte hervorzuheben:

Die Stellung, welche der vorsitzende Richter bei der Verhandlung und insbesondre den Geschwornen gegenüber einnimmt sowie der durch sie begründete entscheidende Einfluß des Richters sind bereits oben besprochen worden [57]). Diese Stellung würde im französischen Verfahren geradezu eine Unmöglichkeit sein. Sie ist im englischen Processe nur deshalb möglich und hier auch wohlthätig, weil der Präsident nicht als Inquirent fungirt. Weder der Angeklagte noch die Zeugen werden vom Präsidenten verhört. Es ist Sache der Anklage, den Beweis wider den Angeklagten zu führen, welcher nicht verbunden ist, sich wider dieselbe zu vertheidigen und die Ergebnisse des wider ihn unternommenen Beweises abwarten kann. Die Unparteilichkeit und, man möchte sagen, Ruhe des Richters wird auch dadurch gesichert, daß er die Zeugen nicht abhört. Die Befragung ist Sache der beweisführenden Parteien. Die Ausnahmen, wo der Präsident Fragen an die Zeugen richtet, kommen nur vor, wo ein Zeuge zu unbestimmt eine Frage beantwortet und hierdurch Mißverständnisse entstehen können oder Erleichterung der Beurtheilung für die Jury zu hoffen ist. Dies gilt insbesondre von der Befragung von Sachverständigen. Auch folgt aus jener Stellung des Präsidenten, daß er nicht vermöge einer discretionären Gewalt Zeugen in die Sitzung vorladen lassen darf. Es würde dies eine Einmischung in die Beweisführung sein. Der Präsident übt nur eine gleichsam polizeiliche Beaufsichtigung insofern aus, als er die Zeugen gegen unzulässige Fragen schützt u. s. w. Der Schlußvortrag des Präsidenten (charge) [58]) besteht theils in der Darlegung der vorgebrachten evidence, theils in der Belehrung über die Rechtsfrage. Bevor wir auf denselben übergehen, ist noch Einiges über die Beweisführung selbst zu bemerken. Der Schwerpunkt derselben liegt, da eine Vernehmung des Angeklagten nicht stattfindet und er auch auf die Frage, was er auf die Aussagen einzelner Zeugen zu bemerken habe, etwas zu sagen nicht verpflichtet ist, in der Abhörung der Zeugen. Die Einrichtung des Kreuzverhöres ist bekannt. Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wenn der Angeklagte sich schuldig erklärt [59]). Die diesfallsige Frage wird an ihn nach Verlesung der Anklage gerichtet und erst, nachdem er sich für nicht schuldig erklärt hat, die Jury vereidet,

---

Mühry. — Ein umfassender Bericht über die Verbesserung der Schwurgerichte in England ist im J. 1853 erstattet worden. — Ueber die Fortbildung der engl. Verf. in Malta, Nordamerika, den englischen Inseln Jersey und Quernsey vgl. Mittermaier, in der krit. Zeitschr. Bd. XXVI, S. 129 flg.

57) Stemann S. 353 flg. Mittermaier S. 307 flg. — Vgl. im allg. über die Stellung des Assisenpräsid. nach franz. u. teutschem Rechte noch Gerichtssaal Jahrg. I, Bd. I, S. 17 flg., S. 196 flg., S. 351 flg. Jahrg. III, Bd. I, S. 28 flg., 333 flg. Jahrg. V, Bd. I, S. 362 flg.

58) Stemann S. 355 flg. Mittermaier S. 431 flg.

59) Ueber den Fall, wenn der Angeklagte die Antwort verweigert und die früher üblichen furchtbaren Martern in solchem Falle Mittermaier S. 534.

weil der Wahrspruch der letzteren wegfällt, sobald der Angeklagte sich schuldig bekennt[60]). Die Erklärung, schuldig zu sein, kommt oft vor[61]). Es ist der Richter nicht behindert, die Abhörung von Zeugen zur milderen Beurtheilung des Angeklagten, welcher sich schuldig bekannt hat, zu gestatten. Uebrigens kommt es in neuerer Zeit nicht mehr vor, daß der Angeklagte, welcher sich schuldig bekannt hat, von dem Richter auf das Nachtheilige seines Bekenntnisses aufmerksam gemacht werde[62]). Der Advocat der Anklage beginnt nach Verlesung derselben und der Erklärung des Angeklagten, nicht schuldig zu sein, mit einer Entwickelung der Anklage, in welcher er die Jury im allgemeinen auf den Standpunkt zu stellen sucht, von welchem sie die Anklage beurtheilen soll[63]) Bei der Beweisaufnahme kann der Richter weitere Erörterungen abschneiden, wenn er den Beweis einer Thatsache für bereits erbracht ansieht[64]). Von entscheidender Wichtigkeit sind die Grundsätze des englischen Rechtes über den Beweis. Wir verdanken insbesondre den Arbeiten Marquardsen's, in seiner Ausgabe von Best's Grundzügen des englischen Beweisrechtes und Mittermaier's, in seinem englisch-schottischen Strafverfahren eine genaue und vollständige Kenntniß dieser Grundzüge[65]). Die englische Beweislehre (in manchen Sätzen wohl zuerst in Betreff des Civilprocesses in Uebung) ist, infolge ihres Ursprunges, der in langer Rechtsübung und überdies in einzelnen, aber der Zahl nach geringen gesetzlichen Vorschriften[66]) beruht, kein geschlossenes und in sich fertiges Ganze[67]). Sie enthält im Hauptwerke nur Vorschriften über den gänzlichen Ausschluß oder die bedingte Zulässigkeit einzelner Beweismittel sowie Anweisungen über einzelne Punkte und Warnungen vor bestimmten, irrigen Rechtsansichten. Die Zurückweisung unzulässiger Beweismittel[68]) sowie die Entscheidung darüber, ob ein Be-

---

60) Biener II, S. 113. Ueber die neueren Vorschläge ꝛc. in England in Betreff der Frage: ob der Angeklagte schuldig sei (oder ob er auf den Grund der Anklage gerichtet sein wolle) vgl. Mittermaier, in der krit. Zeitschr. Bd. XXIII, S. 138, 144.

61) Mittermaier, engl. Strafverf. S. 355 flg.

62) Mittermaier a. a. O.

63) Mittermaier a. a. O. S. 407 flg.

64) Mittermaier a. a. O. S. 410.

65) Vgl. auch noch hier Biener Bd. II, S. 149 flg. Zu verweisen ist auch auf Mittermaier's Vorrede zu dem Werke von Marquardsen und auf die Abhandl. Marquardsen's im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 191 flg.

66) Z. B. betreffs des Beweises von Hochverrath und Meineid. Marquardsen S. 366.

67) Vgl. jedoch die Zusammenstellung derselben in der Proceßordnung für Malta und Indiana nach den Berichten in der krit. Zeitschr. d. RW. Bd. XXVI, N. 11.

68) Insbes. werden Zeugnisse vom Hörensagen nicht zugelassen. Mittermaier a. a. O. S. 327, dagegen Zeugen wegen ihres Interesses am Ausgange der Untersuchung oder wegen früherer Bestrafung nicht zurückgewiesen. Ehegatten werden nur bei Verbrechen des einen Ehegatten gegen den anderen Ehegatten zugelassen. Mittermaier S. 330 flg. Ebendas. über die Zulassung

weismittel mit Rücksicht auf die Erheblichkeit der betreffenden Thatsache zulässig sei, ist Sache des Richters. Das Vorbringen von Zeugen der Anklage zum Nachweise des schlechten Charakters des Angeklagten ist nicht üblich [69]). Mittermaier hat sich über die Vortheile dieser evidence günstig ausgesprochen, ist jedoch dessenungeachtet der Meinung, daß es nicht anzurathen sei, den Geschworenen solche Vorschriften im Wege der Gesetzgebung oder der Instruction zu ertheilen, vielmehr es passender sei, die nöthige Belehrung der Geschworenen ausschließlich dem vorsitzenden Richter zu übertragen. Die Nothwendigkeit einer solchen Belehrung wird in England ohnedem durch die Einrichtung des Schlußvortrages vollständig anerkannt. Derselbe bezweckt außer einem Resumé über die thatsächlichen Ergebnisse (wobei der Richter seine während der Verhandlung gemachten Notizen benutzt), die Anwendung der Beweisregeln auf den vorliegenden Fall (da nöthig, unter Warnung vor Täuschungen) zu erleichtern, insbesondre auch die Geschworenen auf die Nothwendigkeit, zuvörderst den Thatbestand zu prüfen, aufmerksam zu machen [70]). Der Richter weist auf erhebliche Zweifel hin, welche einer Ueberführung des Angeklagten etwa entgegentreten könnten. Da der Richter in die Beweisaufnahme sich nicht mischt, so gewinnt sein Schlußvortrag an Unparteilichkeit, wenngleich auch Fälle vorkommen, wo der Angeklagte oder dessen Vertheidiger den Richter auf Irrthümer in seinem Vortrage aufmerksam machen.

Es ist bekannt, daß die englische Anklageacte [71]) durch ihre Einfachheit und durch die Beschränkung auf die thatsächlichen Ergebnisse, ohne jede Beweisführung aus denselben, wesentlich von der französischen verschieden ist, in welcher bereits der Beweis als geführt dargestellt wird und eine vollständige Beweisführung enthalten ist, so daß die Meinung des Lesers oder Hörers schon voreingenommen ist, ehe die eigentliche Beweisführung selbst begonnen hat. Die Anklage des englischen Rechtes ist in ihrer Begründung ziemlich einfach und daher auch die auf dieselbe gestützte Beantwortung der Jury [72]). Dagegen litt sie an dem großen Fehler englischen Formalismus und Wortstrenge, insbesondre betreffs der Beschreibung einzelner Sachen und Personen, der Wahl fremdartiger Ausdrücke und technischer Bezeichnungen. Die geringste Abweichung oder die kleinste Abänderung war unzulässig. Diese Fesselung eines

---

Geisteskranker, Kinder, Mitschuldiger (als Kronzeugen), über die Vorlesung schriftl. Zeugenaussagen, über die Befragung von Sachverständigen, über die Vereidung der Zeugen, — über die Feststellung des Thatbestandes, insbes. bei Tödtungen (dem Mangel der Leiche). Vgl. noch Biener II, S. 156 flg. Mühry, in der krit. Zeitschr. ꝛc. Bd. XVII.

69) Mittermaier S. 340.

70) Mittermaier S. 434.

71) Ueber die Erhebung der Anklage im Namen der Krone vgl. Leue: In wessen Namen wird die Anklage erhoben? (Gerichtssaal 1851 Bd. II, S. 183 flg.)

72) Stemann S. 304 flg., 321. Mühry, in s. Ausgabe des Handbuches v. Stephen S. 642 flg.

vernünftigen, sachgemäßen Urtheiles und Ermessens führte zu Freisprechungen, die allerdings mit einer wohlgeordneten Rechtspflege schwer vereinbar sind. Neuerdings ist auch hierunter ein wichtiger Schritt der Verbesserung durch die Campbell'sche Bill erfolgt[73]. — Die Geschworenen sind theils durch die Anklageakte (bei ihrer Einfachheit der eigentlichen Anklage), theils durch den Vortrag des Richters völlig in den Stand gesetzt, durch eine einfache Antwort: „Schuldig oder Nichtschuldig" die gesammte Anklage zu erschöpfen. Die Fragstellung des französischen Rechtes mit ihrem complicirten Wesen und der hierdurch in die Hände des Präsidenten gelegten, nicht unbedenklichen Gewalt ist dem englischen Verfahren fremd[74].

Wir gelangen hier zu der Frage, ob der Jury Englands die Entscheidung über die That- und über die Rechtsfrage oder nur über jene zustehe? — Bei der einfachen Anklagefrage: schuldig oder nicht (culpabilis necne), ist natürlich eine Trennung der Rechts- von der Thatfrage nicht möglich und hierdurch im allgemeinen die aufgeworfene Frage betreffs des englischen Rechtes von selbst erledigt[75]. Es hat jedoch Biener nachgewiesen[76], daß ursprünglich und bis zu der Zeit, wo die Beweisführung in Gegenwart der Jury und vor derselben erfolgte, die Geschworenen im Hauptwerke auf das Thatsächliche beschränkt waren, wie schon die Bezeichnung ihres Spruches als veredictum an die Hand giebt. Die früher übliche Befragung der Jury durch den Richter über die Gründe des Spruches fiel weg und es blieb nur die Belehrung des Richters, wie wir sie heutzutage noch finden, übrig. Durch sie soll der Rechtspunkt festgestellt werden[77]. Die Geschworenen richten sich auch beinahe stets nach derselben[78]. Eine zwingende Verpflichtung ist jedoch nicht vorhanden und es trifft sie bei einem abweichenden Verdicte weder eine Verantwortung[79], noch kann dasselbe als ungiltig angefochten werden. Es ist daher factisch der englischen Jury die Entscheidung der That- und Rechtsfrage eingeräumt[80]. Nicht minder ist den Geschworenen gestattet, dann, wenn sie in den erwiesenen Thatsachen zwar nicht das in der Anklage indicirte schwerere Verbrechen, aber ein leich-

---

73) Vgl. über dieselbe Mittermaier, in der krit. Zeitschr. d. RW. u. G. d. Ausl. Bd. XXIII, S. 127 flg.

74) Vgl. noch Mittermaier, d. engl. Strafverf. S. 448.

75) Mittermaier a. a. O. S. 454 flg., 459 flg.

76) A. a. O. S. 363 flg.

77) Biener Bd. I, S. 205, 365. Ueber dieselbe Ansicht in Nordamerika Tittmann, Gerichtsverf. ꝛc. Nordamerika's S. 126 flg.

78) Vgl. insbes. Mittermaier S. 461.

79) Sie bestand im Mittelalter. Die Freisprechung eines Indictirten konnte mit der attainte angefochten werden. Biener Bd. I, S. 117, 201, 217 flg.

80) Vgl. noch Stemann S. 274. Mittermaier S. 447 flg. in Verb. mit Biener Bd. I, S. 195, 198, 199 flg., 203 flg., 210 flg. Abweichend hiervon die interess. Vorschrift des GB. v. New-York bei Mittermaier S. 454 flg. in Verb. mit krit. Zeitschr. d. Ausl. XXI, H. 3.

teres Verbrechen finden, den Angeklagten des letzteren für schuldig zu erklären. Da die Thatsachen solchenfalls bereits in der Anklage enthalten und Gegenstand der Verhandlung gewesen sein müssen, so ist hier, genau genommen, nur die rechtliche Beurtheilung der That in Frage, auf welche das abweichende Verdict der Jury sich stützt[81]). — Neben einem solchen theilweisen Wahrspruche kann auch die Jury die rechtliche Würdigung der Thatsachen, die sie für bewiesen erachtet, dem Richter überlassen und sich auf den Ausspruch, welche Thatsachen bewiesen seien, beschränken. (Specialverdict)[82]). Die Entscheidung über den Rechtspunkt ist mithin ein Recht, die über die Thatfrage, welche die Jury nicht ablehnen kann, eine Pflicht der letzteren. Dieses, auch in Civilsachen zulässige, jedoch bei denselben mit besonderen Bedenken verknüpfte[83]) Auskunftsmittel hat wenig Freunde und kommt in Strafsachen fast gar nicht vor[84]). — Das Verdict muß in einer Weise gefunden sein, daß fremdartiger Einfluß ausgeschlossen ist[85]). Wie die Geschworenen während der Verhandlung bis zum Schlusse von anderen Personen getrennt sind, so daß eine Communication während derselben nicht stattfinden kann[86]), so ist insbesondre von der Zeit an, wo die Jury sich im Berathungszimmer befindet[87]), jeder Verkehr mit der Außenwelt, bei Strafe der Nichtigkeit, verboten. Bei Zweifeln, deren Lösung durch den Richter den Geschworenen wünschenswerth erscheint, begiebt sich nicht ersterer zu den letzteren, sondern diese in den Gerichtssaal, wo sie öffentlich ihre Bedenken vortragen und über diese belehrt werden, zurück. Auch erhalten sie auf Verlangen nur die Anklageacte und etwa wichtige Handrisse in das Berathungszimmer[88]). Die Jury bleibt, bis sie das Verdict gefunden, in steter Berathung und, der Strenge nach, wird ihr weder Speise noch Trank noch Feuer verabreicht[89]). Das Verdict muß einstimmig sein. Es ist über dieses

81) Vgl. Mittermaier, in der Zeitschr. a. a. O. u. engl. Strafverfahren S. 450 flg. in Verb. mit Biener Bd. I, S. 212 flg. Bd. II, S. 183. Die große Jury hat dieses Befugniß nicht. Man pflegt jedoch bei geeigneten Fällen betreffs der Qualification der Handlung mehrere Absätze (counts) zu machen, deren jeder eine andere Qualification aufstellt. Die große Jury kann sodann alle oder einige oder auch nur einen genehmigen.

82) Vgl. bes. Biener Bd. II, S. 184 flg. in Verb. mit Criminalarchiv 1849 S. 88 flg. Brackenhöft, Gerichtssaal 1855 Bd. I, S. 106 flg.

83) Biener a. a. O. S. 185.

84) Mittermaier S. 485 flg. Das. auch über die bekannte Bestimmung über die Entscheidung in Libellprocessen. Vgl. auch Biener Bd. I, S. 220 flg.

85) Vgl. bes. Mittermaier S. 462 flg. Biener II, S. 162 flg.

86) In Frankreich erstreckt sich — genau genommen — diese Absperrung nur auf die Deliberation der Jury. Biener II, S. 165.

87) Sehr häufig zieht sich die Jury nicht erst zurück, sondern tritt sogleich an ihren Sitzplätzen zu (kurzer) Berathung zusammen. Biener II, S. 164. Mittermaier S. 469.

88) Ueber Erfahrungen in Betreff der Entscheidung der Jury in England Mittermaier S. 466 flg., 478 flg.

89) Von dem Rechte, die Jury, wenn sie sich nicht einigen kann, zu ent=

Erforderniß viel gestritten worden[90]) und selbst in England sind die Stimmen getheilt[91]). Biener hat nachgewiesen[92]), daß das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit seit der Zeit, wo an die Stelle eines Gemeindezeugnisses durch die Jury ein Urtheilsspruch derselben getreten ist, seine geschichtliche Berechtigung verloren hat[93]). — Die Abstimmung der einzelnen Geschworenen bei ihrer Berathung erfolgt mündlich. — Das Verdict lautet auf Schuldig oder Nichtschuldig. Das schottische Recht kennt noch die Formel: Not proven, von welcher die dasige Jury häufig Gebrauch macht und welche unserer Freisprechung von der Instanz ähnlich ist[94]). — Eine Motivirung des Verdictes findet nicht statt. — Die Zufügung von „Milderungsgründen" liegt nicht in der Competenz der Jury, wohl aber ist sie befugt, den Verurtheilten der königl. Gnade zu empfehlen[95]). — Die Unverantwortlichkeit der Jury, welche früher durch die Willkür der Richter und insbesondre durch die Füglichkeit, den Geschworenen wegen Meineids zur Untersuchung zu ziehen, wesentlich gefährdet war[96]), ist in der Regierung Karls II. sicher gestellt worden. Auch war die Jury früher verpflichtet, dem Richter, auf Verlangen, die Gründe für ihre thatsächliche Entscheidung anzugeben, und Zurechtweisungen des Richters betreffs der Entscheidung über den Rechtspunkt anzunehmen. Gegenwärtig kann der Richter, jedoch nur dann, wenn das Verdict dem Rechte widerstreitet oder unvollständig ist, die Jury so lange, bis das Verdict noch nicht protocollirt ist, zur anderweiten Berathung veranlassen[97]). — Vor Ausspruch des Urtheiles durch den Richter bei einem auf Schuldig lautenden Verdicte wird der Angeklagte aufgefordert, dasjenige vorzubringen, was er gegen die Abfassung des

---

lassen und eine andere Jury beizuziehen, wird nur selten Gebrauch gemacht. Mittermaier S. 474 flg. Dieses Recht ist ausdrücklich in der amerikanischen Gesetzgebung anerkannt. Tittmann a. a. O. S. 128.

90) Vgl. besonders Stemann S. 363 flg. Biener Bd. II, S. 167 flg. Mittermaier S. 475. — In Schottland reicht Stimmenmehrheit hin. — In früherer Zeit wurden so lange einzelne Geschworene entlassen und beigezogen, bis eine Einstimmigkeit erlangt war (affortiare).

91) Mittermaier S. 476 flg. Auch amerikan. Juristen erklären sich dagegen. Vgl. z. B. Lieber in Philadelphia nach dem Zeugnisse in der krit. Zeitschr. d. RW. d. Ausl. Bd. XXVI, S. 378.

92) Biener Bd. II, S. 172 flg. in Verb. mit s. Abhandlungen H. 1, S. 34. Derselbe widerlegt zugleich die Ansichten Gundermann's, in s. Schrift über die Einstimmigkeit der Geschworenen (1849), welcher in der Einstimmigkeit die Grundlage des Geschwornengerichtes findet.

93) Die Vertheidiger derselben finden in der Einstimmigkeit, namentlich bei verurtheilenden Verdicts (auf welche sie zum Theil bei den Reformvorschlägen das Erforderniß beschränken wollen), eine größere Garantie für die Richtigkeit des Verdictes.

94) Mittermaier S. 480 flg. Vgl. jedoch dagegen Marquardsen, Gerichtssaal Jahrg. 1851 Bd. II, S. 1 flg.

95) Vgl. Biener Bd. I, S. 394. Mittermaier S. 488 flg., 502.

96) Mittermaier S. 493.

97) Biener Bd. II, S. 193 flg. Mittermaier S. 491 flg.

Urthels geltend machen will[98]). Ein Antrag des Anklägers betreffs der Strafbestimmung findet nicht statt. Der Richter kann auf Antrag oder auch von amtswegen die Aussetzung des Urthels selbst oder doch wenigstens die Aufschiebung der Execution des Urthels beschließen, wenn er zuvor, insbesondre bei einschlagenden zweifelhaften Rechtsfragen, mit seinen Collegen sich berathen oder die Sache zur Entscheidung an den obersten Gerichtshof bringen will[99]). — Bei der Strafabmessung ist das fast schrankenlose Ermessen, welches das englische Recht dem Richter einräumt, von Bedeutung[100]). Dem Erkenntnisse werden keine Entscheidungsgründe beigefügt. Sie werden durch die Motivirung ersetzt, welche der Richter in der, zugleich für das Publikum berechneten Anrede an den Verurtheilten in Bezug auf den Straffall und die Entscheidung ausspricht. — In Betreff der Rechtsmittel ist folgendes anzuführen[101]). Ein Mittel zur Aufhebung ungerechter Wahrsprüche und darauf gebauter Erkenntnisse bietet die Befugniß des Richters (wenn er die Aussetzung des Urthels nicht beschlossen hat, auch den Fall nicht an den court of appeal bringen will), unter Angabe seiner Bedenken den Fall dem Staatssecretär vorzutragen, wo sodann auf dem Wege der Gnade das Erkenntniß aufgehoben wird[102]). Auch die Verwandten ꝛc. des Verurtheilten wenden sich mit solchen Anträgen an den Staatssecretär. Der Angeklagte selbst kann, wie gedacht, vor der Entscheidung des Richters die Aussetzung des Urthels unter Nachweisung eines aus dem Protocolle selbst ersichtlichen Mangels in gewissen, das Verfahren betreffenden Punkten beantragen (motion in arrest of judgement). Wird der Antrag für begründet erachtet, so wird der Angeklagte losgesprochen, ohne daß jedoch eine solche Freisprechung gegen die Wiederaufnahme der Untersuchung schützt. Ebenso kann unter bestimmten Voraussetzungen das Gesuch um ein neues Verfahren (motion for new trial) zugelassen werden. Hauptsächlich sind es Unregelmäßigkeiten im Verfahren, auf welche es gegründet werden kann. Jedoch kann es auch wegen neuer Beweise zugelassen werden, dafern wegen Unterlassung ihrer früheren Beibringung dem Verurtheilten kein Vorwurf gemacht werden kann. Der writ of error wird zugelassen bei der Incompetenz des Gerichtes, bei dem Beweise einer gesetzlichen Entschuldigung für das Außenbleiben des Angeklagten bei der Verhandlung, bei Formfehlern und ähnlichen Nichtigkeiten. Durch writ of error, dessen Zulassung der königl. Zustimmung bedarf, kann ein von einem unteren Gerichte ergangenes Urthel nur von der Queensbech und ein von diesem Gerichte ergangenes

98) Biener S. 194 flg.

99) Vgl. über diese Fälle Biener II, S. 194 flg. Mittermaier S. 497 flg. in Verb. mit Mühry, in der krit. Zeitschr. Bd. XVII, S. 66 flg.

100) Mittermaier S. 503.

101) Vgl. Biener a. a. O. Mittermaier S. 526 flg. Stemann S. 54 flg., 380. Mühry-Stephen S. 547 flg., 549 flg.

102) Mühry S. 549 flg.

Urthel nur von dem Oberhause umgestoßen werden. In neuester Zeit ist durch die Fortbildung der motion in arrest of judgement ein neues Rechtsmittel, eine Appellation, eingeführt worden. Die Parlamentsacte vom 31. August 1848 (11. 12. Victoria c. 78) führte einen court of appeal ein[103]). An die Stelle der früheren Privatconsulation des Richters mit seinen Collegen ist die Entscheidung eines höheren Gerichtshofes getreten[104]); jedoch ist die Verweisung der Sache an den letzteren nach wie vor in das Ermessen des Richters gestellt und ein Recht des Verurtheilten, die Entscheidung an diesen Gerichtshof zu bringen, nicht anerkannt. Diese Einrichtung, welche als eine Transaction der Freunde und der Gegner von Rechtsmitteln gegen die Verdicte der Jury anzusehen ist, wird allgemein als ungenügend anerkannt. Die Meinungen in England betreffs der Zulassung von Rechtsmitteln sind getheilt[105]). — Ebenso ist die Frage über die Zulassung anderweiter Verfolgung gegen einen Losgesprochenen vielfach bestritten. Mittermaier S. 349 stellt für das englische Recht den Grundsatz auf: daß da, wo in der vorigen Anklage das Vergehen, wegen dessen der Losgesprochene wieder angeklagt werden soll, enthalten war, so daß die Jury über die vorige Anklage den Angeklagten damals hätte verurtheilen können, die Lossprechung in Bezug auf die erste Anklage vor der neuen Verfolgung schützen soll[106]).

Wir wenden uns nun zur Einführung der Jury in Frankreich.

Die constituirende Versammlung Frankreichs beschloß die Einführung der Jury, in welcher man eine nachahmenswerthe politische Schutzwehr Englands erblickte[107]) und in der Verfassungsurkunde vom 3. September 1791 (Cap. V, Art. 9 flg.) wurde es grundgesetzlich ausgesprochen, daß kein Bürger in peinlichen Sachen (en matière criminelle) gerichtet werden könne, wenn nicht zuvor von einer Jury die Anklage angenommen sei und daß die Entscheidung über die Thatfrage den Geschworenen übertragen, die Anwendung des Strafgesetzes dagegen den Richtern überlassen werden solle. Die französische Gesetzgebung adoptirte die Anklagejury, jedoch mit der wichtigen Modification, daß ein Beamter, der directeur du jury, ihr den Gegenstand der Anklage, auf Grund der Acten, mittheilte und erläuterte, ihr auch die letzteren, mit Ausnahme der schriftlichen Zeugenaussagen, behändigte. Ebenso war die Function des öffentlichen Anklägers bei den Verhandlungen vor der Urthelsjury eine durchaus abweichende und durch die Tendenz der damaligen Bewegung geboten. Die Beweisaufnahme selbst erfolgte durch den Prä-

103) Mittermaier, krit. Zeitschr. XXI, S. 110 flg. u. a. a. O. S. 535 flg.

104) Vgl. den Fall des Processes Manning in der Darstellung von Marquardsen S. 131 flg.

105) Mittermaier S. 536 flg.

106) Vgl. noch Biener Bd. II, S. 206 flg.

107) Vgl. noch Mittermaier, Strafverf. Bd. I, S. 300 flg. Buchner, die Einführung des Geschwornengerichtes in Frankreich. (Krit. Zeitschr. f. RW. d. Ausl. Bd. XXV, S. 371 flg.)

sidenten nach den Regeln der Inquisitionsmaxime und die Ertheilung des Wahrspruches in Gegenwart eines Richters und des königl. Commissars. Ihr ging ein Resumé des Präsidenten voraus und die Abstimmung der Jury richtete sich auf die einzelnen Theile der Schuldfrage, nämlich erstens auf den Gegenstand der Anklage (le fait de l'accusation est-il constant?), zweitens auf die Theilnahme des Angeklagten (l'accusé est-il convaincu de l'avoir commis?) und drittens auf die verbrecherische Willensbestimmung (intention criminelle). Man glaubte durch diese Trennung die Jury in der Lösung ihrer Aufgabe zu unterstützen. Zu einem Wahrspruche auf Schuldig wurde eine Mehrheit von zehn gegen zwei Stimmen erfordert. Es würde hier zu weit führen, die Experimente zu schildern, welche die damaligen Gewalthaber, getragen von dem Gedanken, daß in einer Theilung der Gewalten die Garantie für die Güte der Institutionen liege, anwendeten. In der damals beschlossenen Gerichtsverfassung wollte man die königliche Gewalt möglichst neutralisiren und verfiel, von dem englischen Vorbilde abweichend, in einen höchst complicirten Mechanismus. Das Bestreben machte sich bald geltend, die Jury gefügiger zu machen. Auch war es nothwendig, sie im Einklange mit den wechselnden politischen Institutionen des Landes zu erhalten. Wie die Gewalthaber in ersterer Beziehung ihren Zweck erreichten und zu der Schreckenszeit nur Bluttribunale, ausgeputzt mit einigen aus dem Pöbel willkürlich gewählten und bezahlten Menschen, welche als Geschworene fungirten, über die wegen politischer Vergehen und Gesinnungen Angeklagten richteten, ist eine bekannte Thatsache. Dagegen ist erst neuerdings[108]) mit Gründlichkeit ein besonders wichtiger und oft übersehener Umstand wieder geltend gemacht worden, daß die Schreckensmänner des Convents zu dieser Corruption der Jury sich erst dann veranlaßt fanden, als sie wahrnahmen, daß die aus der Bürgerschaft gewählten Geschworenen weder durch Drohungen noch durch andere ähnliche Mittel sich bewegen ließen, als willenlose Werkzeuge der Schreckensherrschaft zu dienen und daß es insbesondre die Richter selbst waren, die theils durch eigenen politischen Fanatismus getrieben, theils von Servilismus gegen die Schreckensmänner geleitet, die schützenden Formen beseitigten und die Stellung der Jury als das Hinderniß einer raschen und abschreckenden Strafrechtspflege bezeichneten. Die Jury war den Schreckensmännern zu unabhängig und zeigte nicht die Gesinnung, die man von ihr erwartet hatte. Man fand sie nicht geeignet, die Contrerevolution zu bekämpfen. Man erklärte daher jeden Urwähler für fähig, in die Geschwornenlisten aufgenommen zu werden und übertrug die Wahl dem Ermessen, richtiger der Willkür der Nationalagenten des Districtes, welche nach ihrer Kenntniß von den Persönlichkeiten die Geschwornenlisten aufstellten. Dieser Hohn auf die Justiz

---

108) Vgl. die Abhdl. Adolf Buchner's, die franz. Revolutionstribunale und das Geschwornengericht (Erlangen, Ferd. Enke. 1854).

wurde so lange fortgesetzt, bis man auch den Schein einer unabhängigen Jury lästig fand und nach reiner Willkür bezahlte Factionsmänner als ständige Geschworene in die Revolutionstribunale berief. Nach dem Sturze der Schreckensherrschaft und wenige Tage vor dem Schlusse des Nationalconvents wurde der Code vom 5. Brumaire des Jahres IV (25. October 1795) erlassen, in welchem der Versuch gemacht wurde, durch möglichst detaillirte Vorschriften die Erfahrungen betreffs des Strafrechtes und der Strafrechtspflege zusammenzufassen. Schon hier machte sich die Erstarkung einer geordneten Staatsgewalt geltend, indem die gerichtliche Polizei bestimmter geregelt, dem directeur du jury die ausschließliche Instruction bei Staatsverbrechen zugewiesen, die Rechte des Assisenpräsidenten erweitert und die Befugnisse des öffentlichen Anklägers modificirt wurden. Noch immer war jedoch das Princip der Volkssouverainetät das bestimmende, wenngleich in der Staatsverfassung immer mehr das Streben nach Einheit der höchsten Gewalt sich geltend machte. Mit dem Siege dieser Bestrebungen mußte sich die Justizverfassung nothwendig ändern. Das Verfassungsgesetz vom 13. December 1799 reformirte die Justizorganisation, um sie wieder in eine festere und hierarchische Unterordnung zu bringen[109]). Die politische Erschlaffung und der Mangel an Interesse für das öffentliche Leben gebar auch eine Gleichgiltigkeit für das Institut der Jury, welche von den Gegnern desselben kräftig ausgebeutet wurde und den Fortbestand der Jury, die man als eine Schöpfung der Revolution mit Mißtrauen betrachtete, ernstlichst gefährdete. Das französische Consulat und später das Kaiserthum fanden alles vorbereitet, um die Reformen der Justizgesetzgebung aufzunehmen. Die Organisation der Gerichtspolizei und die Stellung der Staatsanwaltschaft mit dem polizeilichen Charakter der Voruntersuchung und den Vorschriften über die Verhaftung — die Abschaffung der Anklagejury, — die Function des Präsidenten in der Hauptverhandlung mit den Befugnissen eines Inquirenten[110]) — waren auch die nothwendigen Consequenzen eines Systems, welches, aus einem Mißtrauen gegen das Institut der Jury und aus dem Wunsche nach Erstarkung und Concentrirung der Staatsgewalt entsprungen, die Justizorganisation nach dem wechselnden politischen Standpunkte der Regierung umzuformen bestrebt war. Die Wiederernennung der wichtigsten Verwaltungsbehörden und der Richter durch die Regierung blieb nicht ohne Einfluß auf den politischen Charakter der Jury. Die Niedersetzung von Specialgerichten, welche mit Ausschluß von Geschworenen über gewisse Verbrechen entscheiden sollten, war nur die Wiederbelebung der alten Prevotalhöfe. Die Aenderungen

---

109) Vgl. insbes. Gneist, die Bildung d. Geschwornenger. S. 114 flg. in Verb. mit Stemann S. 85 flg. u. Frey, d. Civil- u. Criminalverf. Frankr. (2. Aufl. 1851).

110) Gneist a. a. O.

in der politischen Wahlberechtigung zogen solche in den Bestimmungen über die Befähigung zum Geschwornendienste nach sich. Die Competenz der Jury wurde mehrseitig beschränkt. Wie das Institut der Jury in Frankreich nur infolge politischer Parteikämpfe und zur Befestigung der politischen Stellung der obsiegenden Partei eingeführt worden war, so wurde es auch mit dem Wechsel der politischen Herrschaft umgestaltet. So ist es bis in die neueste Zeit in Frankreich geblieben und wird es wohl bleiben. Die Umgestaltungen, welche die Restauration, die neueste Republik und das neue Kaiserthum in Bezug auf die Justizorganisation und insbesondre die Jury vorgenommen haben, bestätigen die politische Auffassung beider in Frankreich von neuem. Es ist bekannt, daß selbst das Fortbestehen der Urthelsjury sowohl unter Napoleon I. als unter dem jetzigen Kaiser in Frage gestellt worden ist und daß unter den Rathgebern Napoleon's I. gewichtige Stimmen sich hören ließen, welche, gestützt auf die bei der politischen Erschlaffung laut gewordenen Anklagen über die Unfähigkeit und Schwerfälligkeit des Instituts und auch über die Nachlässigkeit der durch die Berufung zum Geschwornendienste in ihren sonstigen Verhältnissen gestörten Geschworenen, die Abschaffung der Jury anriethen [111]). Napoleon I. behielt das Institut hauptsächlich wohl aus Klugheitsrücksichten bei, brachte es jedoch in Uebereinstimmung mit dem neuen Justizorganismus sowohl als mit den übrigen Organisationen der Verwaltung und sorgte, daß die Regierung theils durch die Staatsanwaltschaft, theils durch die Mitwirkung der Präfecten bei der Aufstellung der Listen fortdauernd einen gewichtigen Einfluß auf das Institut und dessen Thätigkeit erlangte. Es ist bereits mehrseitig darauf hingewiesen worden, daß bei der Napoleonischen Gesetzgebung hauptsächlich die Beibehaltung der zeitherigen, im Hauptwerke auf der Gesetzgebung des Jahres 1791 flg. beruhenden Einrichtungen oder die Rückkehr zu dem älteren, im Hauptwerke durch die Ordonnanz von 1670 geschaffenen Verfahren, in Frage kam. Napoleon suchte beide Systeme zu verschmelzen. Er behielt die republikanischen Institutionen bei, modificirte sie aber durch Einrichtungen, welche der gedachten Ordonnanz entlehnt und geeignet waren, jene Institutionen mit der kaiserlichen Gewalt und der angestrebten Centralisation zu vereinigen. Es läßt sich daher erklären, daß in den Reformen nicht durchgängig die nöthige principielle Einheit gefunden wird.

Die Mitwirkung der Jury bei der Aburtheilung von Verbrechen beschränkt sich, nach französischem Rechte, auf die Verbrechen im engeren Sinne des Wortes (crimes), während bei den Vergehen (délits) und Uebertretungen (contraventions) nur den rechtsgelehrten Richtern — bei den ersteren den Collegialgerichten, bei den letzteren Einzelrichtern — die Aburtheilung übertragen ist. Zu den crimes werden alle Verbrechen gerechnet, welche Leibes- und entehrende Strafen (peines afflictives et

---

111) Stemann S. 93 flg.

infamantes) oder blos entehrende Strafen (p. seulement infamantes) nach sich ziehen. Die ersteren sind Tod, lebenslängliche Zwangsarbeit, Deportation, Zwangsarbeit auf bestimmte Zeit und endlich die criminelle Einsperrung (la reclusion), — die letzteren sind Verbannung und bürgerliche Entehrung (la degradation civique)[112]). Den Geschworenen werden bei vorhandener Connexität auch Vergehen und Uebertretungen zugewiesen.

Der Assisenhof besteht aus rechtsgelehrten Richtern, einem Beamten der Staatsanwaltschaft und zwölf Geschworenen[113]). Die Assisengerichte sind keine permanenten Gerichtshöfe. Sie werden zur Aburtheilung der im Umfange eines Bezirkes vorkommenden Verbrechen in periodisch wiederkehrenden Epochen besonders gebildet. Das Gesetz bestimmt die Bezirke und die Perioden. Das französische Recht nimmt eine dreimonatliche Periode an. Dies gilt als Regel. Es können jedoch auch in der Zwischenzeit zur Erledigung besonderer bedeutender Fälle sowie bei einer großen Häufung von Verbrechen außerordentliche Assisen berufen werden. Die Assisen sollen in der Regel in jeder Hauptstadt eines Departements gehalten und die Sitzungen nicht eher geschlossen werden, bis alle beim Beginnen derselben an die Assisen verwiesenen Anklagen erledigt sind[114]). — Die rechtsgelehrten Richter sind Beamte, welche zur Abhaltung der Assisen besonders delegirt werden. Die Zahl derselben beträgt neuerdings in Frankreich (seit d. 4. März 1831) drei, früher fünf. Der Vorsitzende (Präsident) wird aus den Räthen des Appellationsgerichtes des betreffenden Kreises von dem Präsidenten des Appellationsgerichtes ernannt, dafern nicht der Justizminister, wie ihm zu thun freisteht, während einer der laufenden Assisen für die folgende die Ernennung vornimmt[115]) oder der AGPräsident den Vorsitz sich selbst überträgt[116]). Die beisitzenden übrigen Richter werden in den Departementsstädten, wo Appellationshöfe ihren Sitz haben, aus den Mitgliedern des Appellationshofes gewählt, außerdem entweder aus solchen delegirt oder aus den Präsidenten und Richtern des Erstinstanzgerichtes des Ortes ernannt, wo die Assisen gehalten werden. Der Instructionsrichter ist ausgeschlossen. Ebenso können die Appellationsräthe niemals mitwirken, welche in der Anklagekammer gestimmt oder eine Instruction geführt haben.

Ohne Mitwirkung der Jury erkennt der Assisenhof, wenn der An-

112) Code d'I. Cr. art. 1. 7.

113) Vgl. noch Ruppenthal, Materialien rc. S. 200 flg.

114) Vgl. jedoch noch Daniels §. 287. Auch soll nach einer Minister. Verfügung v. 1819 die Sitzung, der Regel nach und zur Erleichterung der Geschworenen, nicht über vierzehn Tage dauern.

115) Vgl. jedoch noch G. v. 20. April 1810 Art. 16. Decret v. 6. Juli 1810 Art. 79.

116) Höchster, Lehrb. §. 209.

geklagte ungehorsam außengeblieben ist[117]). Eine mündliche Beweisaufnahme findet ebensowenig als die Zulassung eines Vertheidigers statt. Ein condemnatorisches Erkenntniß, mit welchem die Fortdauer der Sequestration des Vermögens des Contumax verbunden ist, erlischt, wenn der Verurtheilte vor Ablauf der Verjährung sich stellt oder gestellt wird, mit allen Folgen von Rechtswegen, und es tritt das gewöhnliche, gegen einen anwesenden Angeklagten geordnete, Verfahren ein.

Frankreich kannte schon frühzeitig das Institut außerordentlicher Criminalgerichte, die theils nur transitorisch für außerordentliche Fälle bestimmt, theils aber auch permanent waren. Die Letzteren waren die Prevotalgerichte[118]). Napoleon hat die außerordentlichen Gerichte sehr erweitert. Der hohe kaiserliche Gerichtshof, welchem insbesondre politische Verbrechen zugewiesen werden, ist jedoch nie thätig geworden. Außer ihm gestattete das Gesetz die Einsetzung der sog. Specialgerichtshöfe[119]). Dieselben, aus Civil- und Militärbeamten bestehend, hatten, und zwar ohne Mitwirkung einer Jury, über eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Verbrechen, die man als Landfriedensbrüche bezeichnen könnte, sowie über Münzfälschungen rc. zu erkennen. Das Gesetz vom 20. December 1815 führte die Prevotalgerichte wieder ein, die Juli-Regierung bildete aus der Pairskammer einen außerordentlichen Gerichtshof und die Constitution der Republik vom 7. November 1848 schuf wieder einen Staatsgerichtshof, bei welchem jedoch eine Urtheilsjury mitwirken sollte[120]).

In Bezug auf die Wahl der Geschworenen ist nun folgendes zu bemerken und hierbei zwischen Urliste — Dienstliste — und Dienstliste im engeren Sinne zu unterscheiden:

Nach der Napoleonischen Gesetzgebung werden die Urlisten von den Präfecten angefertigt. In dieselbe werden diejenigen aufgenommen, welche das 30. Altersjahr vollendet haben und im Genusse der politischen und bürgerlichen Rechte sich befinden, hierüber aber durch ihr Vermögen oder durch ihre Bildung eine hervorragende Stellung im Departement einnehmen. Hierher gehören: die Mitglieder der Wahlcollegien, — die 300 höchstbesteuerten Einwohner, — bestimmte Verwaltungsbeamte, — die Doctoren, Licentiaten, Notare, die Mitglieder des Institutes — Banquiers und Kaufleute der ersten und zweiten Klasse — diejenigen, welche auf ihr Gesuch oder von Amtswegen auf Vorschlag des Präfecten vom Minister des Innern zum Dienste berufen werden. Die Urliste, welche von Zeit zu Zeit berichtigt, aber nicht öffentlich bekannt gemacht

117) Vgl. über dieses Verfahren Höchster, Lehrb. §. 310 flg. Ruppenthal a. a. O. S. 387 flg. Der letztere unterwirft die betreffenden Vorschriften einer genauen Prüfung.

118) Frey, Frankreichs Civil- und Criminalverfassung S. 153 flg. (Aufl. 2).

119) Vgl. bes. Ruppenthal a. a. O. 293 flg., 298 flg., 304 flg.

120) Vgl. Frey a. a. O. S. 169. Höchster a. a. O. §. 362 flg.

wird, bildet die Grundlage der Dienstliste für jede einzelne Assisensitzung. Sie enthält 60 Personen, welche vom Präfecten aus der Urliste genommen werden. Der Assisenpräsident reducirt sie binnen der nächsten 24 Stunden nach Empfang der Liste auf 36 und diese bilden die engere Dienstliste für die Sitzung. Die Gestaltung der Urliste beruht auf dem Gedanken, das Princip der Bildung mit dem des Vermögens zu verbinden, ohne jedoch diesen Gedanken richtig durchzuführen [121]), und die Bildung der Dienstliste giebt der Regierung ein so entschiedenes Uebergewicht, daß sie in der That es ist, welche durch den von ihr völlig abhängigen Beamten die Liste entwirft [122]), ohne daß durch die erst nachfolgende Betheiligung des Assisenpräsidenten, welchem überdies die betreffenden Persönlichkeiten zumeist unbekannt sein werden und welchem keine Zeit zur Verschaffung der nöthigen Kenntnisse vom Gesetze gestattet wird, eine Abhilfe gewährt wird. Der Staatsanwalt und der Angeklagte können von den 36 Geschworenen, soweit solche erschienen sind (30 müssen erschienen sein), so viele (peremtorisch) recusiren, daß zwölf derselben noch übrig bleiben. Es stehen beiden Theilen gleich viele Recusationen zu, ohne daß dadurch, daß der eine Theil keinen oder doch keinen vollen Gebrauch von seinem Rechte macht, die Zahl der Recusationen für den anderen Theil erhöht wird. Auch ist die Staatsanwaltschaft, welche überdies in der Lage sich befindet, vollständigere und gründlichere Kenntniß von der Persönlichkeit der Geschworenen sich zu verschaffen [123]), noch insofern begünstigt, als mehreren Angeklagten nur die gleiche Anzahl Recusationen zusteht, als wenn ein Angeklagter in der Sache betheiligt ist, und daher die mehreren Angeklagten sich über die Recusationen vereinigen müssen [124]).

Die Anklagejury wurde abgeschafft [125]). Sämmtliche Gerichtshöfe des Landes hatten sich hierfür ausgesprochen. Die Einheit der Staatsanwaltschaft, ein Ausfluß der Centralisationsidee, sicherte der Regierung einen immer nicht unerheblichen Einfluß auf die Strafjustiz.

Das Napoleonische System mit seiner imperialistischen Regenerirung des Strafverfahrens und insbesondre der Jury entsprach der Tendenz der Restauration, welche gleichfalls auf möglichste Centralisation hinarbeitete. Die Restauration konnte in der Jury nach ihrer Napoleonischen Einrichtung eine Gefährdung des monarchischen Principes nicht erblicken. Sie fand jedoch einzelne Beschränkungen der Jury, insbesondre rücksichtlich der Preßvergehen, welche sie derselben entzog und den Zuchtpolizeigerichten zuwies, und mehrfache Erweiterungen der Befugnisse der Assisenrichter zweckmäßig. Auf der anderen Seite strebte

121) Gneist S. 121 flg.
122) Stemann S. 222 flg., 227.
123) Krit. Zeitschr. d. Gesetzg. Bd. X, S. 413.
124) Stemann S. 242.
125) Vgl. Merckel, zur Geschichte der Anklagejury in Frankreich; im Gerichtssaal Jahrg. II, Bd. II, S. 369 flg.

das parlamentarische Princip, eine größere Unabhängigkeit der Jury von dem Einflusse der Regierung zu bewirken und eine Umgestaltung der Urlisten herbeizuführen. Die Regierung kam diesen Wünschen entgegen und das Gesetz vom 2. Mai 1827, welches später ziemlich unverändert in den revidirten Code vom 28. April 1832 übergegangen ist, war das Ergebniß. Man erklärte die Mitglieder der Wahlcollegien (Wahlmänner) und gewisse Capacitäten, ohne Rücksicht auf den Wahlcensus, für aufnahmefähig, nahm jedoch bei den letzteren noch eine Sichtung vor, durch welche insbesondre die Aufnahme der besoldeten königlichen Beamten wesentlich beschränkt wurde. Die Anfertigung der Urliste liegt zwar dem Präfecten ob, jedoch wird sie öffentlich angeschlagen und unterliegt Reclamationen, über welche zunächst der Präfect, in höherer Instanz jedoch der Appellationsgerichtshof und beziehendlich der Staatsrath (letzterer wenn die Beschwerde den Steueransatz oder das politische Domicil betrifft) entscheiden. Aus dieser Urliste wird vom Präfecten die Dienstliste gebildet, jedoch am 30. September für das künftige Jahr, wo die Fälle, welche zur Entscheidung kommen werden, noch nicht bekannt sind. Auch sind in die Dienstliste mindestens 200 und (mit Ausnahme des Seine-Departements) höchstens 300 aufzunehmen. Die engere Dienstliste endlich wird durch das Loos in öffentlicher Gerichtssitzung bestimmt.

Es war zu erwarten, daß die Umwälzung des Jahres 1830 auch auf die Einrichtung der Jury zurückwirken würde. Man überwies der Jury wiederum die Entscheidung der politischen und Preßvergehen (Gesetz vom 8. October 1830), indem man nur die Verbrechen des Hochverrathes und des Attentates gegen die äußere und innere Sicherheit des Staates der Aburtheilung durch die Pairskammer unterstellte. Das neue Wahlgesetz setzte den Census herab und erweiterte hierdurch die Befähigung zum Geschwornendienste. Das Repräsentativsystem in der Rechtspflege sollte durch die Jury seinen Ausdruck erhalten. Zu einem verurtheilenden Verdicte wurde absolute Mehrheit gefordert, — die zeitherige Mitwirkung der Assisenrichter bei der Aburtheilung in gewissen Fällen wurde aufgehoben, — die Zahl der Assisenrichter vermindert (Gesetz vom 4. März 1831). Die wiederholten Attentate auf die Person des Königs gaben dagegen ihm später die Handhabe, die Gewalt der Jury zu beschränken. Die „Septembergesetze" (1835) erweiterten den Kreis der Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates, welche man der Competenz der Jury entzog. Die Entscheidung der Jury durch einfache Stimmenmehrheit wurde wieder eingeführt, — die geheime Stimmgebung vorgeschrieben — und das Befugniß zur Annullirung eines Verdictes dem Assisenhofe schon bei einfacher Majorität desselben verliehen.

Da brach der Sturm des Jahres 1848 herein. Frankreich erklärte sich zur Republik. Sehr treffend sagt ein geistreicher Schriftsteller: „Auch die Gesetzgebung der neufranzösischen Republik bietet anfangs

nur ein Bild jener glücklichen Vergeßlichkeit dar, welche mit unermüdlicher Geduld die abgenutzten Formen der Revolutionszeit immer wieder hervorholt[126])". Cremieux legte einen Entwurf vor, der auf der breitesten Grundlage alle Urwähler auch zu Geschworenen berief und unter ihnen lediglich das Loos[127]) entscheiden ließ. Das Gesetz vom 7. August 1848[128]) hielt eine besondere Qualification zum Amte eines Geschworenen nicht mehr für nöthig[129]). Wer lesen und schreiben kann und nicht Dienstbote ist, war ein genügend befähigter Geschworener. Jedoch gewährte man der Justiz noch die Anerkennung, daß die Bildung der Dienstliste nicht dem Zufalle des Looses, sondern einer Commission überwiesen wurde. Die Urlisten enthielten nunmehr 1,370,540 zum Geschwornendienste geeignete Bürger[130]). Das neufranzösische Kaiserthum hat in dem Gesetze vom 10. Juni 1853[131]) im Hauptwerke an den Bedingungen zur Befähigung eines Geschworenen nichts geändert und ebenso die Aufstellung der Jahresliste durch eine Commission beibehalten, dagegen die Bildung der Dienstliste in die Hände einer Commission, welche aus dem Präfecten und den Friedensrichtern des Bezirkes besteht, gelegt.

Das Gesetz vom 18. October 1848 verlangte zum Ausspruche der Jury gegen den Angeklagten sowohl in der Hauptsache als betreffs der Erschwerungs- und Entschuldigungsgründe, sowie der Zurechnungsfähigkeit eine Majorität von wenigstens $^2/_3$ Stimmen; — das Vorhandensein von mildernden Umständen konnte mit einfacher Majorität ausgesprochen werden. Das Gesetz vom 10. Juni 1853, getragen von der Furcht vor ungerechtfertigten Freisprechungen, kehrte zu den früheren Bestimmungen aus der späteren Zeit des Königthums zurück und verlangt zu einem Ausspruche der Jury, ohne Unterschied, einfache Stimmenmehrheit. Das kaiserliche Gesetz von 1853 überträgt dem Assisenhofe das Recht (einmaliger) Annullation des Verdictes und ordnet geheime Stimmgebung an. Dagegen fungiren zur Zeit immer noch nur drei Assisenrichter, obgleich wiederholt und mehrseitig die Wiedereinführung von fünf Richtern empfohlen worden ist.

Von entscheidender Wichtigkeit für die Stellung der französischen Jury ist das bei einzelnen Verbrechen früher (durch Gesetz v. 25. Juni 1824) dem Assisenhofe ertheilt gewesene, später (durch Gesetz v. 28. April 1832 und 9. September 1835) ohne Unterschied des Verbrechens der

126) Gneist S. 131.

127) Ebenso in Amerika. Vgl. noch Stemann S. 229.

128) Gerichtssaal Jahrg. I, Bd. I, S. 77 flg. Vgl. den über dieses Gesetz in der Nationalversammlung erstatteten Bericht in d. krit. Zeitschr. f. RW. des Ausl. Bd. XX, S. 89 flg.

129) Vgl. hiergegen die trefflichen Bemerkungen des Pariser Cassationshofes, mitgetheilt von Heffter, im Criminalarchive 1849 S. 24 flg.

130) Mittermaier, die Erfahrungen über d. Wirksamk. d. G. v. 1848 rc. (Krit. Zeitschr. XXIV, S. 157 flg.)

131) Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. I, S. 187. Bd. II, S. 337 flg.

Jury eingeräumte Befugniß, das Dasein mildernder Umstände (circonstances atténuantes, nicht zu verwechseln mit den gesetzlichen Entschuldigungsgründen excuses légales) anzunehmen und dadurch eine bedeutende Herabsetzung der an sich verwirkten gesetzlichen Strafe herbeizuführen[132]). Der Präsident richtet auf das Vorhandensein solcher Umstände keine Frage, hat jedoch die Jury auf ihr Befugniß, dasselbe anzunehmen, ausdrücklich aufmerksam zu machen[133]). Das Gericht ist bei einer diesfallsigen Erklärung der Jury, daß solche Umstände vorhanden seien, genöthigt, um einen Grad, und ermächtigt, um zwei Grade unter das Minimum der gesetzlichen Strafe herabzugehen. Diese Einrichtung ist aus der Wahrnehmung, daß die Jury bei den zum Theil unverhältnißmäßig harten Strafen des Code pénal eine an sich nicht zu rechtfertigende Freisprechung einer, das Erkenntniß auf diese Strafen nach sich ziehenden, Schuldigerklärung vorzog, hervorgegangen und deshalb, weil durch sie geradezu ein Begnadigungsrecht in die Hände der Jury, ohne Verpflichtung zur Angabe der Gründe, gelegt worden sei, vielfach getadelt worden[134]). Es ist diese Einrichtung, überdies in ausgedehnter Maße[135]), auch in Genf adoptirt worden. Es kann dieselbe auch zum Nachtheile des Angeklagten gemißbraucht werden, indem sie der Jury gewissermaßen das Recht zu einer Verdachts- oder außerordentlichen Strafe gewährt[136]). Jedenfalls berechtigt und verpflichtet diese Einrichtung die Jury zur Erörterung des Falles in seiner vollen Ausdehnung und ist daher ein neuer Beleg für die Irrigkeit der Ansicht von der Beschränkung der Jury auf die reine Thatfrage.

Bei der Bildung des Geschwornengerichtes ist das Recusationsrecht von Bedeutung. In England macht der Ankläger von demselben keinen Gebrauch. Man hat dies mit der processualen Bedeutung des englischen Geschwornengerichtes in Verbindung gebracht. Das französische Recht giebt das Befugniß der Recusation sowohl dem Staatsanwalt als dem Angeklagten. Wir haben schon oben angedeutet, wie hier das Gesetz auffällig den ersteren vor dem letzteren begünstigt. Jedenfalls wird aber das Recusationsrecht nicht aus einer unfähigen Jury eine fähige zu machen im Stande sein[137]).

---

132) Lagarmitte, in der krit. Zeitschr. der Gesetzg. d. Ausl. Bd. IV, S. 431 flg. Golbery ebd. Bd. V, S. 223 flg. Mittermaier, Mündlichkeit ꝛc. S. 56 flg. N. Archiv d. Criminalrechtes Bd. XIII, S. 341. Würth, Commentar zur österr. StrafPO. S. 563.

133) Wiederum im G. v. 1853 vorgeschrieben.

134) Stemann S. 323 flg. und Burghart, im Gerichtssaale 1852 Bd. II, S. 422 flg. Vgl. die Rede des Gen. Adv. Croissant in Paris 1854 (Levita, im Gerichtssaale 1855 Bd. I, S. 64 flg.) und die Erfahrungen im Jahre 1852 (Criminalarchiv 1854 S. 493 flg.).

135) Die Jury kann daselbst „mildernde U." und „sehr mildernde U." annehmen. Mittermaier, Mündlichkeit ꝛc. S. 81.

136) Fölix, Mündlichkeit und Oeffentl. S. 108 flg.

137) Stemann S. 239 flg.

Eine Stellung, wie sie die englische Jury dem präsidirenden Richter gegenüber, einnimmt, kennt die französische Jury nicht. Im Gegentheil macht man nicht selten die Bemerkung, daß, wie die letztere womöglich gern über ihre Befugnisse hinausgreifen will, so das Gericht eifersüchtig über seine Stellung wacht und gleichsam sich und die Jury auseinanderhält. Es liegt dies in dem Ursprunge und der Richtung der französischen Jury. Hervorgegangen aus einem Mißtrauen gegen die von dem Regenten eingesetzten Gerichte und durchdrungen von dem Gedanken, ein Palladium zum Schutze der Volksfreiheit zu sein, mußte ein gemeinsames Wirken von Richtern und Geschworenen erschwert werden. Hierzu kommt das offenbare Bestreben des Gesetzes, die Gewalt des Gerichtes und insbesondre des Präsidenten auf Kosten der Befugnisse der Jury zu verstärken.

Am einschneidendsten wirkt jedenfalls die Trennung der That- und der Rechtsfrage [138]). Auch hier zeigt sich die Principlosigkeit der französischen Gesetzgebung, welche, mißtrauisch gegen ihre eigene Schöpfung, nicht wagte, dem englischen Vorbilde zu folgen und, in der Theilung der Gewalten das Geheimniß der Staatsweisheit findend, auch hier eine Trennung einführte, die in der Praxis auf vielfache Schwierigkeiten stieß und wiederholte Experimente der Gesetzgebung zur Hebung derselben veranlaßte. Es ist bereits oben gezeigt, wie man anfänglich noch die Thatfrage in mehrere Unterfragen zerlegte und später eine dermaßen in's kleinste Detail sich verirrende geistlose Theilung vorschrieb, daß in einem Falle mehrere tausend Fragen gestellt werden mußten [139]). Der Gesetzgeber hatte sich vergewissern wollen, daß die Jury alle in Frage kommenden Thatumstände wirklich auch in Betracht gezogen habe. Die spätere Gesetzgebung vereinfachte die Fragen, ohne jedoch die in der Theilung selbst liegenden Uebelstände beseitigen zu können [140]). Man adoptirte den Satz des englischen Rechtes, daß die Entscheidung der Thatfrage der Jury, die der Rechtsfrage dem Richter gebühre, versuchte aber die Trennung der Entscheidung auch äußerlich erkennbar und formell durchzuführen. Es ist noch von Niemand mit Erfolg bestritten worden, daß die Thatfrage, wie sie das französische Recht formulirt und der Rechtsfrage gegenüberstellt, nicht selten juristische Elemente in sich faßt [141]). Dadurch nun, daß man dessen ungeachtet die Frage als eine rein factische hinstellte und gerade deshalb sie rechtsungelehrten Männern

---

138) Ueber das franz. System der Fragstellung an die Geschworenen und der Antw. der letzteren, — von Schlink, im Gerichtssaale Jahrg. 1851 Bd. II, S. 140 flg., 213 flg. Daniels S. 191.

139) Stemann S. 290, 308. Schlink a. a. O. S. 146 flg.

140) M. vgl. noch Biener, d. engl. Geschwornenger. I, S. 371. II, S. 161 in Verb. mit Feuerbach, Betrachtungen rc. S. 203 flg. Schwarz, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 244 flg. sowie Fölix, über Mündlichk. u. Oeffentl. S. 102 flg.

141) Vgl. übrigens Stemann S. 254 flg., 274 flg., 281 flg.

überlassen wollte[142]), könnte man zu der Consequenz gelangen, daß die Jury ermächtigt sei, die Frage ohne Rücksicht auf gesetzliche Rechtsbegriffe zu entscheiden. Eine Rechtsbelehrung, wie sie der englische Richter ertheilt, ist bei der französischen Jury unpassend und, wo sie vorkommt, die beste Kritik der Auffassung der Thatfrage[143]). Das Resumé des Präsidenten soll sich consequent ebenfalls auf eine Zusammenstellung des Factischen beschränken[144]). Daneben tritt der Zweifel ein, ob in der Hauptfrage der Begriff des Verbrechens wieder in seine thatsächlichen Bestandtheile dergestalt zu zerlegen sei, daß das Gericht über die rechtliche Qualification der bewiesenen Thatsachen zu urtheilen hat, sowie die namentlich in neuerer Zeit besprochene Frage, ob das Wort coupable, welches der Code gebraucht, nur soviel als convaincu bedeute oder den Gesammtinhalt der Schuldfrage begreife[145]). Es heißt im Gesetze allerdings nicht einfach coupable, sondern coupable du crime, also nicht der bloßen Thatsachen, sondern des Verbrechens selbst. So sehr man sich auch Mühe geben wird und gegeben hat, die Schuldfrage möglichst in ihre factischen Bestandtheile aufzulösen und hierdurch die Trennung der That- und der Rechtsfrage praktisch durchzuführen[146]), so wird man doch niemals zu einem allseitig befriedigenden Resultate gelangen und stets ein zweifelhaftes Gebiet übrig bleiben, auf welchem die Competenz der Jury und die des Gerichtes sich begegnen[147]). Hierzu

142) Gutachten der preuß. Immediatjustizcommission S. 60.

143) Vgl. noch Stemann S. 293 flg.

144) Biener, das engl. Geschwornenger. Bd. I, S. 370. II, S. 144 flg. In Belgien ist dasselbe 1831 aufgehoben worden. — Das ältere franz. Recht gab der Anklagejury einen Richter als directeur du jury bei. Sieyes schlug eine aus Rechtsgelehrten (gens de loi) und anderen vorzugsweise gebildeten Bürgern (citoyens recommandables par leurs lumières et leur sagesse) zusammengesetzte Jury vor. Vgl. Biener Bd. I, S. 234 flg. II, S. 167. Man ist neuerdings mehrfach darauf zurückgekommen, eine Einrichtung zu treffen, durch welche das juristische Element in der Jury eine gesetzliche Vertretung erhalte. Freilich wird mit solchen Vorschlägen mehr oder weniger dem Grundzuge der Jury zu nahe getreten. S. noch unten.

145) Vgl. insbes. die (trefflichen) Materialien (von Ruppenthal) zur Revision d. rhein. preuß. StrafPO. S. 255 u. die Verhandl. d. preuß. II. Kammer über das Gesetz v. 1852 (Materialien ꝛc. S. 596 flg.), wo die Vertauschung des „Schuldig" mit „Ueberführt" in Frage kam. Vgl. noch Höchster, Lehrbuch S. 316.

146) Die Abweichung des Art. 337 des C. d'I. Cr. von der früheren Gesetzgebung betreffs des Ausdruckes der Frage hat diesen Zweifel angeregt, ob die Frage direct auf das Vorhandensein des gesetzlichen Thatbestandes gehen müsse, nicht aber in die einzelnen thatsächlichen Merkmale aufgelöst werden dürfe, so daß z. B. die Frage dahin zu richten sei: Ist der Angeklagte schuldig, einen Mord begangen zu haben, — nicht aber: ist er schuldig, den A absichtlich u. s. w. es verwundet zu haben, daß u. s. w. — Die Praxis hat sich für die letzte Ansicht entschieden. Vgl. Daniels, Grundsätze ꝛc. S. 188 flg. v. Kräwell, im Criminalarchiv 1854 S. 409 flg.

147) M. vgl. noch Stemann a. a. O. S. 309 flg. Gneist S. 68 flg. Man übersieht oft, daß die reine Thatfrage die Schuldfrage nicht stets erschöpft

kommt, daß von der Art der Fragstellung häufig die Endentscheidung selbst bedingt wird. Die Fragstellung ist zunächst in die Hände des Präsidenten gelegt und diesem hierdurch ein großer Einfluß auf die Hauptentscheidung gesichert. Das Befugniß des Staatsanwaltes und des Vertheidigers, Ausstellungen gegen die Fragstellung zu machen, insbesondre die Beifügung von Zusatzfragen zu beantragen, kann hiergegen die Rechte der Anklage und der Vertheidigung nicht gehörig wahren und zwar umsoweniger, als dem Präsidenten gestattet ist, auf Antrag der Jury sich in das Berathungszimmer derselben zu verfügen und ihr, ohne alle und jede Mitwirkung oder Controle der Anklage und Vertheidigung, Aufschluß über den Sinn der Fragen zu geben. Andererseits zeigen die vielfachen und hierbei oft sehr ärgerlichen Streitigkeiten über die Fragstellung, insbesondre über die Zulassung von Zusatzfragen, wie beide Theile durch Modificationen der Frage und Zusatzfragen eine günstige Entscheidung der Jury herbeizuführen hoffen. Die Staatsanwaltschaft verlangt und die Vertheidigung bestreitet die Zulassung der Zusatzfrage, weil beide erwarten, daß die Jury die Hauptfrage verneinen, die Zusatzfrage aber bejahen werde. Aehnliche Rücksichten bestimmen oft die Vertheidigung, die Stellung einer von der Staatsanwaltschaft bekämpften Zusatzfrage zu verlangen. Der Assisenpräsident soll bei Formulirung der Fragen sich an die Anklageacte halten [148]). Allein dies ist häufig nicht möglich theils aus Rücksicht auf die Fassung der Acte selbst, theils aus Rücksicht auf den Gang und die Ergebnisse der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung [149]). Es ist auch in der letzten Zeit in Teutschland ein Gegenstand lebhafter Erörterung geworden, wie weit der Präsident bei der Formulirung der Fragen an den Inhalt und die Fassung der Anklage gebunden sei [150]). In England bietet die Einfachheit der Anklage in Verbindung mit der Ermächtigung, welche die neuere Gesetzgebung der Jury in Betreff der milderen, in der Anklage mit begriffenen Qualification der That eingeräumt hat, keine gleiche Schwierigkeiten, setzt aber andererseits freilich die Rechtsbelehrung des Richters voraus, da ohne dieselbe kaum zu erwarten ist,

---

und daher zwischen jener und der Subsumtion der That unter das Gesetz noch eine Lücke ist, die keineswegs durch den Inhalt des Anklageerkenntnisses und die in diesem bereits ausgesprochene Strafbarkeit der Handlung ausgefüllt wird, und zwar umsoweniger als die Schuldfrage lediglich auf Grund der mündlichen Verhandlungen entschieden werden kann. — In Bayern kam der interessante Fall vor (Sitzungsber. Bd. I, S. 368), daß bei dem Abtreten der Jury ein Geschworener die Frage stellte, ob der Jury gestattet sei, die Frage auch aus rechtlichen Gründen zu beantworten, was der Präsident bejahte.

148) Vgl. nun auch Zentner, im Mag. f. bad. Rechtspfl. Bd. I, S. 472 in Verb. mit Mittermaier ebd. S. 419 mit Bezug auf die badische Praxis.

149) Vgl. noch unten.

150) Vgl. Kirchner, im Gerichtssaale 1851 Bd. II, Erg. Hft S. 189 flg. Das Nähere noch unten.

daß eine rechtsungelehrte Jury von der gedachten Ermächtigung den richtigen und zutreffenden Gebrauch zu machen im Stande sein werde.

Einen unangenehmen Eindruck macht ferner auf jeden Beobachter der französischen Assisen die Einrichtung, zu Folge deren der Staatsanwalt nach dem Vortrage der Anklageacte die Beweisführung derselben nochmals der Jury darlegen darf, ohne daß der Vertheidigung hiergegen das Wort gestattet ist [151]). Es kann zugegeben werden, daß eine Discussion der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung vor der Beweisaufnahme höchst unpassend sein würde. Allein hieraus folgt nur, daß auch dem Staatsanwalte die Ausführung der Anklage vor der Beweisaufnahme nicht zu gestatten ist. Dieselbe wird in der Regel einen im voraus bestimmenden Eindruck auf die Geschworenen machen. Die Vorlesung der Anklage, welche ohnedem mehr den Charakter einer ruhigen und farblosen Relation an sich tragen soll, ist auch bedenklich, wird jedoch immer nicht den bestimmenden und entscheidenden Eindruck machen, welchen das lebendige Wort erzeugt, zumal das Wort eines Mannes, welchem als dem Beamten des Staates die Vermuthung der Unpartheilichkeit mehr als dem Vertheidiger zur Seite stehen wird und welcher als der Schutz und Schirm der durch das Verbrechen verletzten Ordnung auf die Sympathieen der Bürger sich stützt. Wenn man dagegen einhält, daß häufig die Vorlesung der Anklageacte allein das Verständniß für die Geschworenen nicht vermitteln werde, so liegt hierin nur das Zugeständniß entweder, daß die Anklage nicht angemessen abgefaßt ist oder daß die Geschworenen überhaupt nicht geeignet sind, ihre Aufgabe zu lösen. Ueberhaupt fragt es sich endlich, ob es angemessen sei und nicht vielmehr die Vertheidigung wesentlich präjudicire, wenn in die Anklageacte bereits eine vollständige Darstellung der Ergebnisse der zeitherigen Erörterungen aufgenommen wird. Auch in dem ruhigen und besonnenen Manne wird diese Darstellung, welche ohne Erwiderung des Vertheidigers vorgetragen wird, vielleicht ihm selbst unbewußt, eine Voreingenommenheit gegen den Angeklagten erzeugen, welcher schon durch den Vortrag des Verweisungserkenntnisses in der Regel der Weg gebahnt wird. Eine besondere Anklageacte neben dem Verweisungserkenntnisse ist überflüssig.

Das Vertrauen zu der Unabhängigkeit der französischen Jury und ihrer Verdicte wird dadurch auch geschwächt, daß, wenngleich während der Gerichtssitzung jede Communication zwischen der Jury und dem Publikum untersagt ist und sie während ihrer Deliberation in ihrem Zimmer von aller Communication nach Außen abgeschlossen wird, diese Communication doch in den Fällen, wo die Gerichtssitzung während der

---

151) Vgl. Mittermaier, Gerichtssaal Jahrg. II, Bd. II, S. 472 flg. und dagegen Schlink ebd. Jahrg. I, Bd. I, S. 359. Die Unterlassung des Exposé begründet keine Nichtigkeit. Mittermaier a. a. O. S. 473. Ebensowenig aber auch das Hereinziehen von Zeugenaussagen in dasselbe.

Mittagszeit, während der Nacht u. s. w. unterbrochen und aufgehoben wird, auf die Dauer dieser Unterbrechung völlig freigegeben ist. Die Geschworenen wohnen im Gasthofe, verkehren daselbst beliebig mit Jedem, der sich daselbst einfindet, nehmen Theil an den auf die Gerichtssitzung 2c. bezüglichen Gesprächen 2c. und kehren sodann in dieselbe zurück. Daß hierdurch bei aller Gewissenhaftigkeit und selbsteigenem Mißtrauen nachtheilig, absichtlich oder unabsichtlich, auf die Ueberzeugung des einzelnen Geschworenen eingewirkt werden kann, liegt klar vor.

Die Abstimmung in der französischen Jury erfolgt, um ihr die Unabhängigkeit zu sichern, schriftlich. Hierin liegt jedenfalls ein bedenkliches Mißtrauen gegen die Jury, — ein Zugeständniß der Abhängigkeit des einzelnen Geschworenen von äußeren Einflüssen[152]). Auch gewährt die schriftliche Abstimmung dem Schwachen und Leichtsinnigen ein bequemes Auskunftsmittel, einer ernsten Prüfung sich zu entziehen und hinter das Geheimniß sich zu verstecken. Sie schneidet auch die Möglichkeit einer, die Gründlichkeit und Zuversichtlichkeit des Verdictes sichernden Discussion in der Jury ab[153]).

Die Bestimmungen über die zu einem Verdicte erforderliche Majorität haben in Frankreich vielfach gewechselt[154]). Nur in zwei Gesetzen der französischen Revolution war die Einstimmigkeit verlangt worden. Das englische Recht fordert sie zwar gleichfalls[155]). Daselbst wird jedoch dieses Requisit immer mehr und mehr angefochten[156]). Es hat, nachdem das Verdict seiner Bedeutung als Gemeindezeugniß entkleidet ist, auch seine frühere Basis verloren[157]). Will man in der Jury die Vertretung des Gewissens des Angeklagten finden, so muß man Einstimmigkeit verlangen. Die Einrichtung, daß bei einer einfachen Majorität (7 gegen 5) für das Schuldig die Entscheidung auf die Richter übergehen soll, dergestalt, daß entweder die Stimmen der Richter denen der Geschworenen zugezählt werden und durch diese Vereinigung der Stimmen eine Majorität hergestellt wird (Code d'J. Cr. art. 351) oder daß die Richter, unabhängig von den Stimmen der Jury, durch eine Abstimmung unter sich die Entscheidung ertheilen (Franz.

---

152) Vgl. v. Würth, Comment. S. 574. Mittermaier, Mündlichk. 2c. S. 396. Braun, Hauptstücke S. 97. Vischers, Zeitschr. f. RW. d. Ausl. Bd. X, S. 430 flg.

153) In Frankreich wurde daher durch Decret vom 6. März 1848 die Vornahme einer Berathung vor der Abstimmung angeordnet.

154) Stemann S. 363 flg., 370 flg. Biener II, S. 177. Würth a. a. O. S. 580.

155) S. oben und hierüber Gundermann, Einstimmigkeit 2c. Biener II, S. 168 flg. Mittermaier, krit. Zeitschr. Bd. V, S. 159 flg. Mühry-Stephen S. 616.

156) In Schottland reicht einfache Majorität hin (die Zahl der G. daselbst ist eine ungerade, 15).

157) Vgl. jedoch Stemann S. 363 flg., welcher aber (S. 373) die Einstimmigkeit nur für verurtheilende Verdicte verlangt.

Ges. v. 24. Mai 1821 u. Rheinpreuß. Verordn. v. 31. Decbr. 1833), ist nicht zu billigen. Auch hier zeigt sich wieder das alte Mißtrauen gegen die Jury. Die Einrichtung gewährt der letzteren ein bequemes Mittel, die Verantwortung von sich abzuwenden und auf die Richter zu wälzen. Nach dem Gesetze vom 10. Juni 1853 entscheidet unbedingt die Majorität der Geschworenen. Dieselbe wird, ohne daß die Zahl der Stimmen angegeben werden darf, durch den Ausspruch der Jury beurkundet.

Die Geschworenen sind auf die intime conviction als Grundlage ihres Verdictes hingewiesen. Es ist mit dieser Verweisung viel Mißbrauch getrieben worden[158]). Manche Gegner der Jury begnügen sich, zur Rechtfertigung ihrer Abneigung, auf sie sich zu beziehen[159]). Der gesunde Menschenverstand, das instinctmäßige Finden der Wahrheit, die Stärke der Ueberzeugung durch den Totaleindruck ꝛc. waren die Bundesgenossen der Freunde der Jury. Welcher Mißbrauch mit diesem gesunden Menschenverstande bei gegenwärtiger Frage getrieben worden ist, ist bekannt[160]). Man hat mehrseitig behauptet, daß der Geschworene sich der Gründe seiner Ueberzeugung nicht bewußt zu sein brauche. Daher meinen auch Viele, daß es keiner besonderen Bildung bedürfe, Geschworener zu sein. Gesunden Menschenverstand glaubt jeder zu besitzen und Manche, welche über den Mangel an Bildung sich nicht täuschen, finden ihn durch ihren „gesunden Menschenverstand", mit dem sie stolz auf die unfruchtbare und unpraktische Bildung blicken, ausreichend ersetzt. Dessenungeachtet muß wohl zugegeben werden, daß das Gesetz bei jener intime conviction doch nur das Ergebniß derselben Geistesoperation im Sinne gehabt hat, welche unsere Richter, von gesetzlicher Beweistheorie befreit, bei der Prüfung der Ergebnisse der Untersuchung vornehmen[161]). Sie geben sich allerdings selbst durch die Entscheidungsgründe Rechenschaft über den Werth dieser Operation und finden in ihnen gleichsam die Probe für den Werth der Entscheidung. Allein darin, daß die Geschworenen zur Angabe von Entscheidungsgründen nicht einmal berechtigt sind, liegt kein Grund zur Annahme, daß die Operation, vermöge deren sie zu ihrem Verdicte gelangen oder die Basis ihrer Ueberzeugung selbst

---

158) Hierher gehören auch die Phrasen: Le jury est la conscience du pays; — le juré doit consulter sa conscience; — tout juré est l'arbitre suprême de la justice.

159) Höpfner a. a. O. S. 211.

160) Vgl. auch Osenbrüggen, die Berufung auf das Rechtsbewußtsein ꝛc. im Criminalarchiv 1854 S. 153 flg.

161) Auch franz. Juristen verlangen eine conviction raisonée im Gegensatze der instinctive oder sentie. In den teutschen Gesetzen ist bei der Vereidung der Jury bisweilen die Pflicht zu gewissenhafter Prüfung der Anschuldigungs- und Entlassungsbeweise besonders hervorgehoben und hierdurch die Ansicht, daß eine conviction instinctive genüge, beseitigt. Vgl. noch Mittermaier, hannöv. Gerichtsztg. I, S. 60 flg., in dem Mag. f. bad. Rechtspfl. Bd. I, S. 438 flg. u. im Archiv f. d. Criminalr. 1854 S. 128 flg., sowie Gerau ebd. S. 278.

eine andere sei, als bei den rechtsgelehrten Richtern[162]). Die Aeußerung, welcher wir häufig begegnen, daß man als Geschworener Jemanden verurtheilt haben würde, welchen man als Richter losgesprochen habe, ist keine berechtigte. Der Geschworene soll nicht leichter verurtheilen als der rechtsgelehrte Richter. Es ist möglich, daß in einzelnen Fällen der Richter, infolge gereifter Erfahrung und in Erinnerung anderer Fälle, den Schuldbeweis für nicht so stark erachtet wie der Geschworene, welchem diese Erfahrung abgeht. Allein hierin liegt kein specifischer Unterschied und es würde derselbe Richter, wenn er als Geschworener fungirte, gleichfalls seine Stimme nicht für das Schuldig haben abgeben können. Auch mag nicht verkannt werden, daß die englischen Beweisvorschriften, so sehr man auch sie zu loben gewöhnt ist, weder erschöpfend, noch sicherstellend sind. Die Freiheit der Jury wird durch sie nicht in der Maße gefesselt, daß sie eine Garantie zu geben vermöchten. Will man sie nicht als absolut bindende, sondern nur als leitende Normen aufstellen, so ist ihr Werth in der That ein höchst geringfügiger und jedenfalls nicht so groß, um in ihnen einen wesentlichen Unterschied in der Ueberzeugung der englischen und der französischen Jury zu finden.

Die Souveränetät der französischen Jury spricht sich auch in den Vorschriften über die Unumstößlichkeit des Verdictes aus. Auf der anderen Seite hat man die Superiorität der Richter zu Gunsten des Angeklagten wieder insoweit anerkannt, als die Richter in dem Falle, wo sie von der Unrichtigkeit des Schuldig der Jury überzeugt sind, die Urthelsfällung aussetzen und die Sache zur anderweiten Entscheidung an eine andere Jury verweisen können, bei deren Ausspruche es jedoch unbedingt bewendet. Wir lassen hier die Frage dahin gestellt, ob gegen die im mündlichen Verfahren ertheilten Entscheidungen, gleichviel ob sie von Geschworenen oder lediglich von rechtsgelehrten Richtern ausgehen, Rechtsmittel zugelassen werden sollen. Allein jedenfalls hat das französische Recht durch seine Vorschriften über die Cassation bewirkt, daß ein Erkenntniß wegen einer Formverletzung cassirt wird, wo der Beschwerdeführer nicht durch die letztere beeinträchtigt war, da sie gar keinen Einfluß auf den materiellen Theil des Urtheiles äußerte und äußern konnte, sondern er nur den glücklichen Zufall der Verletzung benutzte, um durch dieselbe ein ihm nachtheiliges Erkenntniß zu beseitigen[163]). Ueberhaupt macht sich hier ein strenger Formalismus geltend, der bald zum Vortheile, bald zum Nachtheile des Angeklagten gereicht, je nach Lage der Sache, in keinem Falle aber den wahren Interessen der Gerechtigkeit und dem Ansehen der Rechtspflege förderlich ist.

162) Auch Dernburg, Werth ꝛc. der Schwurgerichte (Frankf. 1848) S. 17 charakterisirt den Ausspruch der Jury als ein raisonirtes Urtheil, verlangt aber (S. 110 flg.) deshalb auch von Geschworenen Entscheidungsgründe. Vgl. hierüber Mittermaier, im hannöv. Mag. f. Rechtspfl. Bd. II, S. 90.

163) Vgl. noch Dernburg S. 115.

Sehr unbefriedigend sind die Vorschriften des französischen Rechtes über die Wiederaufnahme entschiedener Untersuchungen[164]). Sie gewähren in keiner Richtung hin einen genügenden Schutz und machen denselben von unpassenden Voraussetzungen abhängig, wie auch ihre Anwendung selbst viele Controversen erzeugt hat[165]). Die Fälle sind: 1) wenn durch verschiedene Erkenntnisse wegen des nämlichen Verbrechens mehrere Angeklagte verurtheilt worden sind, unter welchen der eine nichtschuldig sein muß, so daß die beiden Erkenntnisse hinsichtlich der Thäterschaft sich nicht vereinigen lassen (ne peuvent se concilier), — 2) wenn Jemand wegen Tödtung verurtheilt worden ist und späterhin Beweisstücke vorgelegt werden, daß der angeblich Getödtete noch am Leben sei, — 3) wenn nach erfolgter Verurtheilung ein Zeuge, welcher ein belastendes Zeugniß abgelegt hat, wegen falschen Zeugnisses rechtskräftig verurtheilt worden ist.

Soviel nun die französische Juryverfassung in den Rheinländern Teutschlands anlangt, so verweisen wir insbesondre auf das bekannte Werk Feuerbach's, die Beiträge Schlinck's[166]) und Merckel's[167]) im Gerichtssaale, die bekannten Schriften Schletter's[168]) und Lippert's[169]), die Mittheilungen Stemann's S. 159 flg., sowie auf die Handbücher von Höchst und Daniels und das berühmte Gutachten der kgl. preuß. Immediatjustizcommission. Wir heben hier in Bezug auf Rheinpreußen hervor, daß schon 1835 die Befugnisse des Assisenhofes betreffs der Fragstellung in Abweichung von der Anklageacte erweitert wurden und daß in den Fällen, wo die Jury das Verdict auf Schuldig nur mit einfacher Majorität gegeben hat, es mag dasselbe die That überhaupt oder das Dasein erschwerender Umstände betreffen, die Richter des Assisenhofes unter sich in Berathung treten und nach Mehrheit ihrer Stimmen entscheiden. Die Competenz in politischen Processen wurde der Jury entzogen (6. März 1821) und dem Kammergerichte zu Berlin (25. April 1835) zugewiesen. In Rheinbayern sind wesentliche Aenderungen betreffs des Verfahrens nicht getroffen worden. Wohl aber waren betreffs der Wahl der Geschwornen sowohl in Rheinpreußen, als insbesondre auch in Rheinbayern wesentliche

---

164) Mittermaier, teutsches Strafverf. §. 206 (Bd. II, S. 484). Daniels, Lehrb. §. 434. Höchster, Lehrb. §. 339 flg. — Rintel, von der Jury S. 31 flg. Arnold, von der Wiederaufnahme rc. im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. I, S. 52 flg. Schwarze, die Reform des Strafverf. in Sachsen S. 130 flg.

165) Vgl. bes. Ruppenthal, Materialien rc. S. 364 flg. Arnold a. a. O.

166) Betreffs Rheinpreußens Jahrg. III, Bd. I, S. 28 flg., 453 flg.

167) Betreffs Rheinbayerns Jahrg. I, Bd. I, S. 182 flg. Jahrg. II, Bd. II, S. 158 flg. Jahrg. V, Bd. I, S. 448 flg.

168) Ueber das rhein. Strafverf. und die rhein. Gerichtsverfassung.

169) Anweisung z. Einf. d. öffentl.-mündl. Verf. rc. (Mainz 1848).

Modificationen beliebt worden. In Rheinhessen[170]) war das französische Recht ohne wesentliche Modificationen beibehalten worden. In Bezug auf Belgien verweisen wir auf Stemann S. 170 flg. und Mittermaier, die Mündlichkeit rc. S. 61 flg., nicht minder auf Marquardsen[171]). Von Wichtigkeit ist hier auch die Einführung der Jury in Genf[172]) und Zürich[173]), sowie schon erwähnt, die Abschaffung derselben in den Niederlanden[174]).

Als nun in den Jahren 1848 und 1849 die Geschwornengerichte in Teutschland eingeführt wurden, sind sie als ein politisches Institut in der Rechtspflege betrachtet worden. Am klarsten geht dies, wenn es noch eines Beweises bedürfte, aus der Beschränkung der Competenz der Jury auf die politischen und Preßvergehen hervor[175]), womit man freilich dem Institute einen schlimmen Dienst erwiesen und in dasselbe den Keim der Auflösung gelegt hat.

Nur Oesterreich[176]) und Altenburg haben in ihre neuen Strafproceßordnungen das Institut der Jury nicht aufgenommen und ebenso ist in dem von den Ständen des Königreiches Sachsen berathenen und genehmigten Entwurfe einer Strafproceßordnung lediglich rechtsgelehrten Richtern die Urtheilsfällung übertragen worden.

Die Wichtigkeit der politischen Seite, die in dem Institute der Jury nicht zu verkennen ist, kann jedenfalls nicht gering angeschlagen werden, gleichviel ob man sie bedauert oder ihr beipflichtet[177]). Selbst in England, wo man gewöhnt ist, die Jury mit Rücksicht auf ihre processuale Entstehung und den Umstand, daß sie nicht auf Criminalsachen beschränkt ist, aufzufassen, kann die politische Bedeutung derselben nicht geleugnet werden[178]). Daß die Jury geeigneter sei als die rechtsgelehrten Richter, den Interessen der Rechtspflege gerecht zu werden,

170) Vgl. noch die angez. Lippert'sche Schrift.

171) Vgl. Zeitschr. f. ausl. Gesetzg. Bd. XXII, S. 165 flg.

172) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 79 flg. Zeitschr. f. ausl. Gesetzg. XVII, S. 363 flg.

173) Vgl. die Schrift von Rüttimann sowie die Abhandl. v. Orelli, in der angez. Zeitschr. Bd. XXV, S. 418 flg.

174) Vgl. hierüber Zeitschr. f. ausl. Gesetzg. Bd. XIX, S. 361. — Ueber die dasige Gerichtsverfassung und das dasige Verfahren Braun, Hauptstücke rc. S. 125 flg.

175) Vgl. bes. Buchner, im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. II, S. 205.

176) Selbst die Freunde der Jury werden gewiß den Gründen Gerechtigkeit widerfahren lassen, welche die österr. Regierung bestimmte, das Institut der Jury in die neue Strafproceßordnung nicht wieder aufzunehmen. Vgl. Hye, Commentar z. d. StrafPO. v. J. 1853.

177) Dernburg, d. Werth rc. d. Schwurgerichte (Frankf. 1848) bestreitet den jurist. Werth und vertheidigt den polit. Werth der Jury, gelangt jedoch dabei S. 89 zu dem Resultate, daß das Schwurgericht das Resultat eines politischen Principes, nicht aber einer politischen Krankheit sein dürfe.

178) Vgl. Stemann S. 390 flg. Biener, engl. Geschwornengericht Bd. I, S. 288 flg., 312.

wird auch in England nicht behauptet[179]) und dennoch der Jury der Vorzug gegeben, sobald das Princip selbst in Frage gestellt wird. Ebenso hat man daselbst, gegenüber der Competenz der Jury, und in Anerkennung der Beschwerden, welche mit dem Institute derselben für die Geschworenen sowohl, als auch für eine rasche Rechtspflege verbunden sind, die strafrechtliche Competenz der Friedensrichter erweitert und neuerdings durch die Grafschaftsgerichte die Competenz der Jury in Civilsachen wesentlich beschränkt[180]). Daß in Frankreich das Institut auf politischer Grundlage beruhe, ist eine unzweifelhafte Thatsache.

Hieraus folgt jedoch weder daß die Jury mit der monarchischen Staatsform unvereinbar[181]), noch daß sie nur vom Standpunkte der Revolution möglich, noch daß endlich sie lediglich vom politischen Standpunkte aus zu rechtfertigen sei[182]). Es ist ein Widerspruch in sich selbst, eine Rechtsanstalt nur aus politischen Gründen rechtfertigen zu wollen. Taugt die Jury nichts als Rechtsanstalt, so kann sie auch nicht aus politischen Gründen auf Anerkennung Anspruch machen. Eine politische Errungenschaft, welche die Interessen der Rechtspflege gefährdete, könnte in Wahrheit nur ein scheinbarer Fortschritt sein und niemals in dem Rechtsbewußtsein des Volkes auf die Dauer Wurzel schlagen. Giebt man einem Institute eine ausschließliche oder überwiegende Tendenz in einer bestimmten Richtung hin, so wird auch die Wirksamkeit desselben in dieser Richtung sich äußern. Ist die Jury eine Anstalt, welche aus politischen Gründen sich empfiehlt, so mag man sich auch nicht wundern, wenn sie bei ihrer Thätigkeit einen politischen Parteistandpunkt einnimmt und nach demselben die erstere bestimmt wird. Die Vertheidiger der Jury, welche es ehrlich mit den Interessen des Staates und der Rechtspflege meinen, haben auch stets sich bemüht, zu zeigen, daß die Jury zunächst als Rechtsanstalt und sodann als politisches Institut Vortheile zeige, welche ihre Einführung wünschenswerth machen. Man hat häufig in der Jury einen Schutz gegen die Abhängigkeit der Richter von der Staatsgewalt, wenigstens in politischen Processen, gefunden[183]) und es ist namentlich im Jahre 1848 diese Auffassung häufig gehört worden. Man hat aus dem Erfordernisse der Selbstständigkeit der richterlichen Gewalt ohne weiteres — so z. B. Zachariä, 40 Bücher vom Staate II, S. 272 — die Folgerung abgeleitet, daß das Urtheil über die Thatsache in einem

---

179) Gneist S. 81.

180) Vgl. Krit. Zeitschr. f. d. RW. u. Gesetzg. d. Ausl. Bd. XXVI, Nr. 24. Bd. XXVII, Nr. 5.

181) Vgl. z. B. Höpfner S. 176 flg. und vorzugsweise Röllner, in s. Buche: die teutschen Juristen rc. (1854). Außerdem würden auch Handelsgerichte ein demokratisches Institut deshalb sein, weil Nichtjuristen in denselben richten.

182) Vgl. noch Arnold, im Gerichtssaale 1855 Bd. I, S. 126 flg.

183) Vgl. z. B. Aretin, constitut. Staatsr. (von Rotteck) Bd. I, S. 244.

Strafprocesse nicht durch Beamte, sondern durch Geschworene zu fällen sei. In einer Zeit, wo die Gerichte von den Regenten des Landes zur Uebung des Unrechtes gemißbraucht wurden und die Unabhängigkeit der Richter eine noch nicht gekannte Forderung war, hatte das Institut der Jury sich die Liebe Englands erworben[184]). Und doch war es auch nicht im Stande, überall mit Erfolg die Unparteilichkeit der Strafjustiz zu sichern. In England ist das Geschwornengericht auch mit der politischen Freiheit stark und frei geworden, nicht aber ist die letztere durch das erstere dem Volke verliehen worden[185]). Es liegt schon in der gedachten Auffassung ein unerquickliches Mißtrauen in die Staatsgewalt, welches zu der Frage drängt, ob auch die Jury eine Unabhängigkeit darbiete, welche bei den rechtsgelehrten Richtern zu vermissen sei[186]). Die Abhängigkeit nach Oben, welche man bei ihnen fürchtet, zeigt sich bei der Jury in der Abhängigkeit nach Unten, und die Cabinetsjustiz ist in der That nicht schlimmer als die Volksjustiz. Die Geschichte Englands bewahrt genug Beispiele von parteiischen Richtern, welche auf den Willen des Regenten ungerechte Todesurtheile fällten, und von schwachen und parteiischen Geschworenen, welche weder der Willkür der Regierung mit Erfolg sich widersetzen, noch dem Einflusse der erbitterten Volksmeinung sich entziehen konnten. Die Auffassung der Jury als eines von der Regierung unabhängigen Gerichtes weckt gleichzeitig die Frage, ob nicht nach derselben die Beiziehung der Jury auf die politischen Untersuchungen zu beschränken sei, bei denen gerade von manchen Seiten der Ausschluß der Jury verlangt wird.

Man kann sich da, wo politische Tendenzen eine Anstalt begründen, nicht der Betrachtung erwehren, daß die Politik, welche sie geschaffen, sie auch wieder bei einem Wechsel aufheben wird.

Wir können, bei der Tendenz des Rechtslexikons, uns mit diesen Fragen hier nicht weiter beschäftigen, bemerken jedoch nur wiederholt, daß wir in der Jury, wenngleich die Bewegung des Jahres 1848 sie in Teutschland eingeführt hat, doch, dem wahren Grundcharakter des Institutes nach, keinenfalls einen Sieg der Demokratie finden können[187]). Man kommt Seiten derjenigen, welche diese Ansicht vertreten, fortdauernd auf eine Gleichstellung der Jury mit den römischen und griechischen Volksgerichten, obschon dieselbe mit ihnen durchaus nichts gemein

---

184) Vgl. noch Schmitthenner, Staatsrecht (Gießen 1845) S. 550.

185) Züricher Monatsschrift 2c. 1854 S. 244.

186) Diese Abhängigkeit kann insbesondre nicht in England geltend gemacht werden, wo die Richter nur auf Anklage des Unterhauses von dem Oberhause ihres Amtes entsetzt werden können. Stephen-Mühry S. 355. Biener a. a. O. S. 295. Vgl. noch Gneist a. a. O.

187) Daß die Jury nicht im Namen des „souveränen Volkes" handelt, geht schon daraus hervor, daß die auf das Verdict derselben gegründeten Entscheidungen durch Cassationsrecurs an die rechtsgelehrten Oberrichter angefochten werden können. Arnold a. a. O. S. 131.

hat[188]), zurück und ebenso können wir in dem Ausdrucke, daß die Jury das Repräsentativsystem in der Rechtspflege enthalte[189]), doch nicht viel mehr als eine geistreiche Redensart erblicken.

Die Auffassung der Jury als Rechtsanstalt oder als politisches Institut wird immer noch insofern einen wichtigen praktischen Einfluß äußern, als von dieser Auffassung auch die Bestimmungen über die Wahlfähigkeit zum Geschworenen abhängen, in diesen Bestimmungen aber das Schicksal der Jury selbst liegt. Hieraus folgt jedoch noch nicht, daß da, wo die politische Seite der Jury als die überwiegende sich darstellt, die Befähigung zum Geschwornenamte mit dem politischen Wahlrechte identificirt werde[190]). Selbst diejenigen, welche die Jury als eine politische Errungenschaft begrüßen, protestiren meistens gegen jene Identificirung, da sie mit Recht erinnern, daß die politischen Rücksichten, aus welchen sie die Jury willkommen heißen, die Erfordernisse, welche an die Jury als eine Rechtsanstalt gestellt werden müssen, nicht beseitigen können und eine Jury, welche in ihrer Unwissenheit, Nachlässigkeit und geistig-sittlichen Abhängigkeit die Justiz mit Füßen tritt und der Verführung der öffentlichen Meinung willenlos preisgegeben ist, eine Schmach für jedes Land sein würde, selbst wenn die Staatsform desselben auf der breitesten demokratischen Grundlage basirt wäre. Auch der Parteimann, wenn er nicht in der Jury eine Magd des Parteihasses und in der Justiz einen Tummelplatz politischer Kämpfe schaffen will, verlangt eine intelligente und unparteiische Jury.

Man hat die Jury auch deshalb empfohlen, weil sie durch ihren Spruch nicht blos die Wahrheit der angeschuldigten That, sondern auch das Bewußtsein des Thäters von der Strafbarkeit derselben in Gewißheit setze[191]). Man hat gesagt, daß, wenn die Jury in einer Handlung nichts Strafbares finde, die letztere auch dem Urheber nicht als Verbrechen zugerechnet werden und er daher für sie nicht verantwortlich sein könne[192]). Mit dieser Ansicht vindicirt man der Jury nicht blos die Entscheidung der Rechtsfrage (wogegen nichts einzuwenden sein würde), sondern weist ihr eine Stellung an, durch welche sie über das Gesetz selbst erhoben wird. Es mag zugegeben werden, daß da, wo eine intelligente Jury von ihrem reinmenschlichen und bürgerlichen Standpunkte aus in einer Handlung kein die Bestrafung rechtfertigendes Moment findet, es bedenklich sein wird, eine solche eintreten zu lassen.

---

188) Gneist S. 17 flg., 20.

189) Braun, Hauptstücke ꝛc. S. 100.

190) Vgl. die von Heffter, Criminalarchiv 1849 S. 24 flg. mitgetheilte Auslassung des Pariser Cassationshofes.

191) Heffter, Verhandl. d. Germanisten S. 111. Leue, Schöffenger. S. 148 flg. Vgl. noch Biener Bd. I, S. 400 flg.

192) Das Argument verdient jedoch noch insofern Beachtung, als hiernach die Jury bei der Schuldfrage nicht auf die einfache Thatfrage beschränkt werden kann. Vgl. übrigens noch Kraus, Gerichtssaal 1853 Bd. II, S. 139.

Allein die Ansicht der Jury ist noch nicht nothwendig diejenige, von welcher der Urheber der Handlung ausging. Auch ist das Urtheil der Jury natürlich infolge des Wechsels in ihrer Zusammensetzung wechselnd und daher eine Sicherheit für eine gleichmäßige Handhabung des Gesetzes geradezu unmöglich. Wie dann, wenn ein Verurtheilter sich gegen das Verdict der Jury darauf berufen könnte, daß von einer anderen Jury, welche denselben Anspruch auf Anerkennung habe, in ganz gleichem Falle die Handlung für straflos erklärt worden sei? Schließlich würde man der Jury auch die Abmessung der Strafe[193]), ja selbst ohne die beengenden Grenzen der gesetzlichen Strafsätze, zugestehen müssen, da nicht die Feststellung der Strafbarkeit allein, sondern erst die Vergleichung der sittlichen Verschuldung mit der Strafe die Forderung der Gerechtigkeit erfüllt. Räumt man der Jury die Entscheidung über die Strafbarkeit ein, so vindicirt man ihr die Stellung der alten Volksgerichte und versetzt sie auf den Boden der Volkssouveränetät. Man täusche sich nicht mit Sätzen, wie dem der Vertretung des Rechtsbewußtseins im Volke. Man erhebt vielmehr die Jury über das Gesetz und macht sie nicht zu Richtern des Gesetzes, sondern zum Organe einer, vom Gesetze losgebundenen und schwankenden Meinung, welcher der Angeklagte wie die bürgerliche Gesellschaft preisgegeben sind[194]).

Ueber die Befähigung der Jury, die mit der Schuldfrage untrennbar verbundenen rechtlichen Momente zu lösen, ist schon viel geschrieben worden. Man hat ihr Seiten ihrer Gegner diese Befähigung abgesprochen und auf das Widersinnige[195]) aufmerksam gemacht, daß rechtsungelehrte Richter über Rechtsfragen entscheiden[196]). Man hat hervorgehoben, daß eine wissenschaftliche Entwickelung des Strafrechtes durch die Praxis und eine Stetigkeit der letzteren unmöglich sein werde[197]).

Ein niemals zu lösender Widerspruch wird es bei solchen Auffassungen der Jury immer bleiben, daß man ihre Competenz nur bei den schwersten Verbrechen eintreten läßt[198]). Die bedeutende Erschwerung des Dienstes für die Geschworenen, die Vermehrung der Kosten, ja selbst

---

193) Dies wollte z. B. der erste Entwurf in der neufranzösischen Republik v. J. 1848. Vgl. hierzu Merkel, im Gerichtssaale 1854 Bd. II, S. 392 flg. Vgl. auch die Ausführung in d. krit. Zeitschr. d. RW. d. Ausl. Bd. VII, S. 172 und über die Gesetzgebung einiger nordamerik. Staaten Bd. VIII, S. 177.

194) Mittermaier, hannöv. Gerichtsztg. I, S. 62 flg.

195) Jede Kunst müsse erlernt sein und die Ausübung derselben erhöhe die Befähigung zu ihr selbst. Hier aber gehe man von dem entgegengesetzten Principe aus. Bentham, de l'organisation judiciaire (Bruxelles 1829) p. 13: Le métier le plus vil exige un apprentissage, l'art le plus imposant n'en demanderait point!

196) Der bekannte Vorschlag des Sieyes, daß die Geschworenen aus den Rechtsgelehrten gewählt werden möchten, ist nicht weiter verfolgt worden.

197) Vgl. bes. neuerdings die Schauberg'sche Zeitschrift der Züricher Rechtspflege Bd. XVIII, S. 278 flg.

198) Marquardsen, im Criminalarchiv 1849 S. 432 flg.

die Verzögerung der Aburtheilung könnten allein eine solche Beschränkung nicht rechtfertigen. Der zeither unbescholtene Mann, welcher eines einfachen geringen Diebstahles beschuldigt wird und mit ihm seine Mitbürger haben wahrscheinlich ein höheres Interesse an dem Ausgange der Untersuchung, als der habituelle Dieb, welcher bereits den größeren Theil seines Lebens im Zuchthause zugebracht hat und nunmehr wiederum unter der Anklage eines Diebstahles steht.

Ebenso findet jetzt die Auffassung der Jury als eines Gerichtes der Standesgenossen, welche weder eine geschichtliche Begründung, noch einen inneren Werth hat, wohl keinen Vertreter mehr. Sie gehörte zu den Redensarten, in welchen man sich gefiel, weil man das Wesen der Sache nicht ergründen wollte oder konnte und nur nach leicht erfaßlichen und wohlklingenden Gründen für eine bereits entschiedene Ansicht sich umsah.

Man hat für die Jury geltend gemacht, daß die Richter infolge ihrer Studien und ihres Berufes den Verhältnissen des täglichen Lebens entfremdet seien, während die Jury, überdies in fortdauerndem Wechsel, unmittelbar aus dem Leben hervorgehe und daher den Werth einzelner Verdachtsgründe richtiger würdigen werde. Es liegt etwas Wahres in dieser Behauptung, wenn man die Richter und das schriftliche Verfahren in's Auge faßt, — nicht aber, wenn man Richter im mündlichen Verfahren voraussetzt. Im Gegentheile wird hier die fortgesetzte Uebung den Blick schärfen und die Erfahrung wird hier, wie überall, das redliche Streben fördern und erleichtern[199]). Die Mündlichkeit, verbunden mit Emancipation der Richter von gesetzlicher Beweistheorie, wird ihnen ebensowohl eine tüchtige Grundlage für ihr Urtheil als die nöthige Sicherheit und Klarheit in Verarbeitung der Ergebnisse liefern. Nicht die Erfahrung allein ist es, welche den Werth eines auf sie gestützten Urtheiles verbürgt, sondern die Sicherheit des Urtheilenden in der Anwendung der Erfahrungssätze auf den gerade vorliegenden Fall. Die größte Erfahrung sinkt zur todten Masse herab und kann selbst zu gefährlicher Einseitigkeit führen, wenn das Geschick zur Benutzung derselben fehlt. Daß rechtsgelehrte Richter weniger geneigt zu Verurtheilungen sind als Geschworene, ist eine gewöhnliche Ansicht. Es beschränkt sich jedoch diese Erfahrung auf gewisse Verbrechen. Im allgemeinen läßt sich weder behaupten, daß die Jury zum Verurtheilen geneigter sei als die rechtsgelehrten Richter, noch das Gegentheil. Ja, von anderer Seite her wird behauptet, daß, von jenen Verbrechen abgesehen, in den Assisen verhältnißmäßig weniger Verurtheilungen vorkommen. Dies letztere ist entschieden unrichtig. Im allgemeinen haben die Verurtheilungen zugenommen, wie die statistischen Tabellen beweisen.

199) Vgl. die beachtenswerthen Bemerkungen Dernburg's, in d. Schrift über den Werth ꝛc. der Schwurgerichte S. 64 flg. Möhl, in der Schrift über Geschwornengerichte, am Schlusse.

Es liegt dies aber hauptsächlich in der Mündlichkeit des Verfahrens und in der Emancipation der Jury von der Beweistheorie[200]). Bei den nur gedachten Verbrechen liegt die Vermehrung der Verurtheilungen auch in der Natur und Zusammensetzung der Jury. Als ein Gewinn muß es bezeichnet werden, daß mancher Verbrecher, welcher im schriftlichen Verfahren der Verurtheilung zu entgehen wußte, im mündlichen Verfahren von der gerechten Strafe ereilt wird. Daß dagegen die Geneigtheit der Jury zu Verurtheilungen bei gewissen Verbrechensarten nicht als ein gleicher Gewinn anzusehen sei, ist wohl ebensowenig zu bezweifeln. Man erwartet von den Richtern eine schärfere Abwägung des Für und Wider und darauf bezieht sich die bekannte, oft gehörte Aeußerung: Wenn ich unschuldig wäre, würde ich lieber von Richtern und wenn ich schuldig wäre, lieber von Geschworenen das Urtheil empfangen. Es liegt hierin zugleich die Ansicht, daß die Jury leichter durch Scheingründe und unrichtige Darstellungen zu täuschen sei, als der rechtsgelehrte Richter[201]). Stehen die Richter den Strömungen des täglichen Lebens ferner, so bewahren sie sich auch vor Einflüssen derselben auf ihre Unparteilichkeit. Wie rasch übrigens hier die Tagesmeinung, besonders bei Verbrechen, welche die allgemeine Sicherheit gefährden, zu einer Verurtheilung geneigt ist und selbst sonst unbefangene Gemüther fesselt, ist eine bekannte Erfahrung. Man erinnere sich nur der Fälle, wo in einem Orte mehrmals Feuersbrünste entstanden sind und ein verdächtiges Subject eingezogen wird. Noch in der neuesten Zeit ist dem Verfasser in seiner amtlichen Stellung ein Fall vorgekommen, wo der höchste Gerichtshof einen in erster Instanz zu 20jähriger Zuchthausstrafe, wegen ihm beigemessener Tödtung seiner Ehefrau, verurtheilten Mann losgesprochen hatte und dessenungeachtet der Mann in der Gegend seines Wohnortes allgemein als Thäter bezeichnet, verachtet und von Jedem gemieden wurde, bis wenige Wochen nach der Entscheidung des Oberappellationsgerichtes durch die Entdeckung des wahren Mörders die Unschuld des Losgesprochenen glänzend nachgewiesen wurde[202]). — Die Ansicht ferner, nach welcher wohl Geschworene, nicht aber rechtsgelehrte Richter auf Grund von Indicien zu verurtheilen befugt seien, kann daher (abgesehen von der, auf das Verbot in Art. 22 der Carolina bezüglichen bekannten und gegenwärtig unerheblichen Streitfrage) auf sich beruhen. Spricht man den Richtern die Befähigung ab, auf Grund unmittelbarer Verhandlung nach Indicien ohne Beweistheorie zu erkennen, so durfte man ihnen auch nicht die Aburtheilung der minder schweren Verbrechen übertragen und ebensowenig ihnen die Leitung der Verhandlung vor der Jury und das Recht, ein Verdict

200) Man berücksichtigt auch zu wenig, daß schwache Anklagen bereits durch das Anklagegericht beseitigt werden und gar nicht an die Assisen gelangen.

201) Golbery, in d. krit. Zeitschr. d. RW. d. Ausl. Bd. III, S. 293.

202) Die vollständige Relation dieses Falles in den N. Jahrb. für sächs. Strafr. Bd. VII, S. 403 flg.

materiell zu prüfen und bei Unvereinbarkeit ihrer Ueberzeugung mit demselben die Sache zur anderweiten Berathung einer Jury zu verweisen, einräumen. Man erkannte hierdurch mindestens eine gleiche Befähigung, wie die der Jury an[203]).

Was die philosophische Rechtfertigung des Institutes der Jury anlangt, so kann man hier hauptsächlich auf die Erörterungen Biener's in s. englischen Geschwornengerichte Bd. I, §. 4, 34, 35, woselbst insbesondre die Ansichten Hegel's und Köstlin's sowie Gneist's erörtert werden, verweisen. Die Idee, daß die Jury das Gewissen des Angeklagten repräsentire, ist insbesondre und in gewohnter geistreicher Weise von Köstlin und Gneist vertheidigt und auf sie die Berechtigung der Jury gestützt worden. Auf der Entscheidung durch das Gewissenszeugniß der Genossen oder durch Gottesurtheil beruhte das altteutsche Verfahren. Nach der Ansicht dieser Rechtslehrer wird ein Theil desselben durch die Jury zurückgeführt, nachdem man Jahrhunderte lang den Schuldausspruch, welcher nicht Sache juristischer Thätigkeit und Berechtigung besonders dazu bestimmter Studien sein könne, einer Geheimwissenschaft vindicirt und in ihr die Garantie für die materielle Gerechtigkeit des Ausspruches gefunden habe. Gneist[204]) will, obschon mehr aus Gründen der Zweckmäßigkeit als innerer Nothwendigkeit, die Jury auch in Civilsachen beibehalten[205]). Er will den, dem Civilprocesse unterliegenden Grundsatz des Verzichtes auf die Feststellung des status causae et controversiae beschränken und hierdurch der formellen Partie ihr Recht lassen, dagegen innerhalb der gestellten Beweisfrage und bei der Erhebung und Beurtheilung des Beweises, dessen Endziel doch nur die Herstellung der materiellen Wahrheit sei, von jeder Beweistheorie und jedem Uebergewicht des Formellen absehen. Wir können auch hier allenthalben auf Biener's Gegenerklärungen verweisen. Jedenfalls ist Gneist consequenter verfahren als die Gegner der Civiljury, aus deren Deductionen nicht selten, wenngleich sie sich hinter die eigenthümliche Natur des Civilverfahrens und des Beweises in demselben oder doch hinter den derzeitigen Fortbestand der Beweistheorie verschanzen, die wahre Tendenz ihrer Erklärungen für die Criminaljury sich ergiebt. Will man die Jury einmal als Rechtsanstalt aufnehmen, so muß sie auch im Civilprocesse möglich sein und der letztere so umgestaltet werden können, daß eine Jury in ihm ihren Platz finde. Die gesetzliche Beweislehre ist auch im Civilprocesse bereits so durchlöchert, daß eine Beseitigung derselben in der That keine Schwierigkeiten darbietet und durch Festhaltung des Verzichtsprincipes bei Normirung des Beweissatzes, so daß die Jury nur über die Ergebnisse der vor-

203) Vgl. noch Dernburg S. 77.

204) S. 241 flg.

205) Köstlin ist ein Gegner der Civiljury (vgl. Wendepunkt rc. S. 370 flg.) und weicht hierin von Hegel ab, der die Jury ganz allgemein fordert. — M. vgl. noch Biener Bd. I, S. 337.

geführten Beweisaufnahme zu entscheiden hätte, würde der eigenthümliche Charakter des Civilverfahrens ausreichend salvirt werden. Jedenfalls würde auch hier die Mündlichkeit segensreich wirken.

Noch auf einen Punkt wollen wir hier eingehen. Er betrifft die schon oben berührte Frage über den Ausschluß der Jury im Falle des Geständnisses[206]). Durch das Geständniß wird bei dem Anklageprincipe der Beweis der Schuld geführt und der Spruch der Jury überflüssig. Wir finden jedoch, daß selbst in England die Richter den Angeklagten, wenn ihnen das Geständniß bedenklich erscheint, auf die Nachtheile desselben aufmerksam machen und ihm anrathen, auf die Entscheidung der Jury sich zu berufen. In Frankreich wird durch das Geständniß die Competenz der Jury nicht aufgehoben. Das Inquisitionsprincip kann in ihm nur ein Beweismittel sehen und die Prüfung der Beweiskraft und des gelieferten Beweises steht daher auch hier demjenigen zu, welcher überhaupt zu dieser Prüfung berufen ist. Köstlin hat den Ausschluß der Jury in diesen Fällen damit vertheidigt, daß diese das Gewissen des Angeklagten zu vertreten bestimmt und sonach überflüssig geworden sei. Die Prüfung der Glaubwürdigkeit sei Sache der rechtsgelehrten Richter, weil sie von objectiven Kriterien bedingt sei. Hierin liegt jedenfalls ein unrichtiger Schluß. Das Verdict der Jury, auch wenn man in ihm den Ersatz des Geständnisses findet, soll die Verurtheilung sofort ermöglichen und die hierzu nöthigen Garantien in sich tragen, welche das Geständniß allein, vom Standpunkte des Untersuchungsprincipes, nicht darbietet. Das Verdict stützt sich auf die Ueberzeugung, welche aus den Beweismitteln gewonnen wird. Sie ist subjectiv, wenngleich sie auf äußerlich erkennbarer Grundlage ruht. Nicht anders ist die Prüfung des Werthes des Geständnisses für die richterliche Ueberzeugung. Dasselbe ist eben nur ein Beweismittel. Man kann demnächst den Richtern die Verantwortlichkeit betreffs der Glaubwürdigkeit des Geständnisses ebensowenig aufbürden, als man der Prüfung derselben das Verdict der Jury nicht unterstellen kann. Daß man die Geständnisse nicht stets, auch wenn sie speciell erfolgt sind, als vollbeweisend betrachten kann, lehrt die Erfahrung. Hierin liegt zugleich die Widerlegung der Ansicht Biener's[207]), daß die Jury bei dem Geständnisse nichts mehr zu thun habe, da ihr eigentlicher Beruf nur auf die Thatsache gehe. Die Schuldfrage geht über die Thatfrage hinaus. Sie setzt nicht blos die

---

206) Vgl. bes. Mittermaier, engl.-schott. Strafverfahren S. 352 flg. Mühry S. 569. Biener I, S. 352 flg., sowie Mittermaier, im Gerichtss. Jahrg. I, Bd. I, S. 431 flg. Walther, im Archiv des Criminalrechtes 1851 S. 225 flg. Abegg, Entw. d. preuß. StrafPO. S. 150. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 230.

207) Bd. I, S. 363. — In England kommt noch dazu, daß das Geständniß bisweilen auf einem Compromisse des Anklägers und des Angeklagten oder anderen zufälligen Umständen beruht. Vgl. Mittermaier, Gerichtssaal a. a. O. S. 434 flg.

That und die Urheberschaft derselben Seiten des Angeklagten, sondern auch das Vorhandensein derjenigen Requisite voraus, von denen das Strafgesetz im allgemeinen die Strafbarkeit abhängig macht (Zurechnungsfähigkeit[208]), Vorsatz ꝛc.)[209]). In den Fällen, wo zugleich die zugestandene Thatsache allein nicht hinreicht, den Thatbestand des Verbrechens herzustellen, sondern noch gewisse Nebenumstände mit besonderem juristischen Charakter hinzutreten müssen, kann gleichfalls durch das Geständniß die Entscheidung der Jury, welche sich auch über den Zusammenhang der Handlung des Angeklagten mit diesen Nebenumständen und ihr gegenseitiges Verhältniß zu verbreiten hat, keinen Falles ersetzt werden. Man nehme z. B. den Fall, ob eine Handlung Hochverrath oder Aufruhr, ob sie Mord oder Todtschlag sei u. s. w. Die Entscheidung dieser Frage ist oft viel schwieriger als der Beweis der Thatsache selbst. Gleiches gilt von der Richtung der Absicht, in welcher die Handlung vorgenommen wurde, indem es zweifelhaft sein kann, ob gerade die speciell im Gesetze vorausgesetzte Absicht vorgelegen (z. B. bei Hochverrath, Störung gottesdienstlicher Handlungen)[210]). Der Angeklagte kann daher durch sein Geständniß diese Entscheidung, welche der Jury gebührt und über den Beweis der einzelnen Thatsache hinausgeht, nicht erschöpfen. In Teutschland haben die Gesetzgebungen Preußens[211]) und Würtembergs[212]) sowie neuerdings Thüringens[213]) dem englischen Systeme sich angeschlossen, obschon sie in der Feststellung des Umfanges, in welchem die richterliche Prüfung sich bewegen soll, nicht übereinstimmen. Die Erfahrungen in Preußen, soweit sie sich nach den Mittheilungen im Justizministerialblatte und im Goltdammer'schen Archiv beurtheilen lassen, beseitigen die obigen Bedenken nicht. Sie treten durch die Trennung der That- und Rechtsfrage, welche das englische Recht nicht kennt, besonders schroff hervor. Man hat dagegen, gestützt auf die Fassung des §. 75 des Gesetzes von 1852, es nicht für ausreichend erachtet, daß der Angeklagte die zum Thatbestande

---

208) Vgl. jedoch die in Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 686 entwickelte Ansicht.

209) Es tritt recht lebhaft bei den Preßvergehen vor, woselbst die That und die Thäterschaft meistens liquid, hierdurch aber die Schuldfrage noch gar nicht beantwortet ist. Vgl. jedoch auch die Verhandl. der preuß. II. Kammer über das Gesetz v. 1852 (Materialien ꝛc. S. 596).

210) Auch Fälle der Art, wie ob eine auf Unzucht mit Kindern gerichtete Handlung vorliege, gehören hierher. (Vgl. z. B. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 363.)

211) §. 98 d. V. v. 1849 u. §. 75 d. G. v. 3. Mai 1852. v. Kräwell, im Criminalarchiv 1854 S. 417 flg.

212) §. 90 d. G. v. 1849. Holzinger, Commentar S. 169.

213) §. 78 des Nachtragsgesetzes. Auch in Zürich StA. Dubs daselbst spricht sich in seinem Berichte über die Ergebnisse der Rechtspflege in Zurich für diese Einrichtung aus. Die Schuldbekenntnisse erledigten in einem Drittheile der Fälle die Zuziehung der Jury. (Vgl. Zeitschr. f. d. RW. d. Ausl. Bd. XXVI, S. 450 flg.) Auch Kräwell a. a. O. S. spricht sich für die Einrichtung aus.

des Verbrechens erforderlichen Thatumstände einräume, sondern verlangt, daß er auch sich für schuldig bekenne[214]). Dieses Schuldbekenntniß, wenn es nicht eine reine, nutzlose Formalität sein soll, ist also noch mehr als das Geständniß der zur Thatfrage gehörigen Umstände. Die Bedeutung desselben muß also über das Geständniß der Thatfrage hinausgehen und dem Schuldig des englischen Rechtes sich nähern. Hiermit tritt man von selbst auf das Gebiet der Rechtsfrage. Das Obertribunal zu Berlin hat dagegen sogar es nicht für erforderlich erachtet, daß das Zugeständniß sich ausdrücklich auch auf diejenige Qualification der Thatsachen richte, welche das Gesetz selbst den Handlungen beilegt, selbst in dem Falle nicht, wenn diese Qualification eine reine durch die Geschworenen zu beantwortende Thatfrage bildet[215]). — Hat von mehreren Angeklagten nur einer oder einige ihr Schuldbekenntniß abgelegt, so soll — nach der englischen[216]) und der ihr nachgebildeten würtemberg. Vorschrift (Art. 90) — die Urtheilsfällung gegen diese bis nach den beendigten Verhandlungen gegen die Nichtbekennenden ausgesetzt werden, um hierdurch zugleich eine Garantie gegen voreilige Schuldbekenntnisse zu gewähren.

Die Geschwornengerichte sind in dem größten Theile Teutschlands[217]) für die schwereren Verbrechen eingeführt. Man hat in den meisten Ländern die dreigliederige Eintheilung der strafbaren Handlungen in Bezug auf das strafprocessuale Verfahren beibehalten und die weniger schweren Verbrechen an Richtercollegien (Kreisgerichte, Bezirksgerichte ꝛc.) und an Einzelrichter — ohne Mitwirkung von Geschworenen — zur Untersuchung und Aburtheilung verwiesen. Die Grenze zwischen den Schwurgerichts- und den übrigen Sachen ist sehr verschieden in den einzelnen Gesetzgebungen. Das Geschwornengericht gehört auch nach den teutschen Gesetzgebungen nicht zu den permanenten Gerichten. Die Bestimmungen des französischen Rechtes über Schwurgerichtsperioden, über ordentliche und außerordentliche Sitzungen[218]) ꝛc. sind meistens beibehalten. Ebenso verfügen die Gesetze, daß keine Schwurgerichts-

214) Vgl. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 399.

215) Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 398. Vgl. noch ebend. S. 529. — Besondere Beachtung verdient der Fall, wo der Angeklagte sich „mit mildernden Umständen" schuldig bekennt. — Ebenso zeigt der Fall Schwierigkeiten, wenn bei einer Anklage gegen mehrere Complicen, von welchen Einige geständig sind und zugleich die Anderen bezüchtigen, während diese letzteren läugnen. Ist auch hinsichtlich der Geständigen die Zuziehung von Geschworenen erforderlich? — Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 661.

216) Mühry S. 506. Hornthal, die peinl. Rechtspflege in England S. 145 flg. und vorstehende Anmerkung.

217) Vgl. die Zusammenstellung bei Heffter, Lehrb. d. Strafrechtes (Ed. noviss.) §. 557.

218) Die kgl. preuß. V. v. 1849 §. 69 bestimmt jedoch, daß die Termine von den betreffenden Gerichten nach dem Umfange der Geschäfte festzusetzen und bekannt zu machen sind.

sitzung früher geschlossen werden soll, als bis alle Straffälle entschieden sind, die „bei Eröffnung der Sitzung zur Verhandlung reif" oder „in der Lage waren, abgeurtheilt zu werden" [219]). Den Obergerichten ist das Befugniß eingeräumt worden, die Abhaltung der Sitzung an einem anderen Orte des Bezirkes als dem Sitze des Bezirksgerichtes anzuordnen, wenn besonders wichtige Gründe dafür sprechen, z. B. wegen Aufregung der Gemüther in der Gerichtsstadt betreffs des Straffalles oder zur Erleichterung der Beweisaufnahme, wenn an dem anderen Orte das Verbrechen verübt worden war und daselbst eine große Anzahl der Zeugen ꝛc. wohnen, deren Vorladung in die entferntere Gerichtsstadt Verzögerungen herbeiführen könnte und die Kosten häufen würde. —

Eine Anklagejury wurde im Jahre 1848 mehrseitig verlangt. Es hat sie jedoch keine Gesetzgebung aufgenommen. Ebenso ist die Competenz der Jury nicht auf die von Militärpersonen verübten Verbrechen ausgedehnt worden [220]). Auch ein Verlangen nach Einführung der Jury in Civilsachen hat sich nicht gezeigt. Ebenso kennen die teutschen Gesetzgebungen die in England bestehende [221]) und in Frankreich [222]) für einzelne Verbrechen bestandene Einrichtung der Specialjurys nicht. Dieselben sind aus der Erwägung hervorgegangen, daß in gewissen Fällen oder Verbrechen die Entscheidung besondere Kenntnisse voraussetze, welche bei den gewöhnlicher Maßen gewählten Geschworenen nicht zu vermuthen seien. In England hängt die Bewilligung solcher Specialjury von den Obergerichten ab. Der Specialgeschworene wird von dem Sheriff aus der allgemeinen Dienstliste gewählt und erhält für seinen Dienst 21 Schilling, während die Kosten der trägt, welcher um Niedersetzung der Specialjury gebeten hat. Ebenso ist die englische Einrichtung der Jury de medietate linguae nicht in Teutschland aufgenommen worden [223]). Die Beiziehung des Dolmetschers vermittelt hier die Verhandlung.

---

219) Vgl. die Zusammenstellung bei Würth, Commentar S. 88 flg. — Die gewöhnliche Dauer einer Sitzung ist in der thüring. StrafPO. Art. 18 auf drei Wochen festgesetzt.

220) Vgl. noch Sachau, in d. Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 463 flg. Brauer ebend. Jahrg. V, Bd. II, S. 279 flg. und unter dem Art. Militärgeschwornengericht in Jagemann's Criminallexikon S. 482 flg. und gegen letzteren Sachau, Gerichtssaal Jahrg. VI, Bd. II, S. 304 flg. Dubs ebend. Jahrg. IV, Bd. II, S. 162 flg. — Ueber den franz. u. preuß. Militärgerichtspr. die Abh. von Schlink ebend. Jahrg. I, Bd. I, S. 475 flg.

221) Rintel, von der Jury S. 110, 115. Biener, d. engl. Geschornengericht Bd. II, S. 68. Mittermaier, d. engl.-schott. Strafverf. S. 381. Sie kommt daselbst jedoch fast nur bei Civilprocessen vor.

222) Bis zum Code Napoléon für Fälle der Fälschung, des Bankrottes ꝛc. Mittermaier, Oeffentlichkeit, Mündlichkeit ꝛc. S. 390. Ruppenthal, Materialien ꝛc. S. 286 flg.

223) Sie wird zur Hälfte aus Engländern, zur anderen Hälfte aus Fremden gebildet, wenn über einen Ausländer gerichtet wird. Diese Einrichtung wurde Gegenstand vielfacher Erörterung in dem bekannten Processe gegen die

Hat sich in Teutschland das Institut der Jury bewährt? Wir wollen hier von den Gründen ihrer Einführung und von der Frage über ihre Zulässigkeit überhaupt völlig absehen [224]).

Diese Frage ist zu Gunsten der Jury zu beantworten. Es kann zugegeben werden, daß in der ersten Zeit einige Verdicte zur allgemeinen Kenntniß gelangten, bei denen sich bewährte Stimmen mißbilligend äußerten, obschon hier, wie überhaupt bei gerichtlichen Verhandlungen, die Zeitungsberichte mit großer Vorsicht aufzufassen sind und ein gründliches Urtheil nur bei unmittelbarer vollständiger Kenntniß von der Verhandlung zu erwarten ist. Ebenso kann zugegeben werden, daß in der ersten Zeit die Jury, welche noch die politische Anschauung jener Zeit in sich trug, vergessen ihres Berufes, in politischen Processen zu Lossprechungen sich verleiten ließ, welche nur in dem politischen Parteistandpunkte ihre Aufklärung fanden [225]). Allein andererseits kann auch hier nicht in Abrede gestellt werden, daß in den Ländern, woselbst der Jury die Competenz in politischen Processen noch nicht wieder genommen ist, die neueste Zeit solche Fälle nicht gesehen und auch hier die Jury sich der Erkenntniß ihres Berufes und ihrer Stellung nicht entzogen hat. Sie hat erkannt, daß sie überhaupt berufen ist, den gesetzlichen Zustand zu schützen und daß dieser durch die Bedrohung der Gesammtheit mit gewaltthätigen Handlungen ebenso und noch mehr gefährdet ist, als bei dem Angriffe auf den Einzelnen. Sie hat gerade darin, daß man ihr alle schwereren Verbrechen zugewiesen, eine Nöthigung zur Auffassung ihrer Stellung als einer richterlichen erblickt, während die ausschließliche Zuweisung oder die ausschließliche Entziehung der politischen Verbrechen diese Auffassung trüben und schwächen wird. Will man der Jury die Competenz bei politischen Processen entziehen, so erklärt man gleich anfangs ein bedenkliches Mißtrauen in die Befähigung derselben. Es kann zugegeben werden, daß gerade bei diesen Verbrechen die Beziehung der Handlung zu dem Gesammtleben im Staate und ihr Zusammenhang mit anderen Angriffen auf denselben dem einzelnen, im Volke stehenden und nur zeitweilig zum Aburtheilen berufenen, Manne nicht stets so erkennbar sein wird und daß wohl auch hierin ein Grund zu Freisprechungen liegt, während er bei anderen Verbrechen, welche ihn wie jeden anderen unmittelbar bedrohen und sein Leben, sein Vermögen gefährden, die Gefährdung rasch erkennt, ja oft wohl überschätzt und daher zu Verurtheilungen sich hinreißen läßt, die gleichfalls nicht gerecht-

---

Manning'schen Eheleute. Vgl. Marquardsen, in s. Schrift über denselben S. 30 flg., 117 flg.

224) Vgl. noch Zentner, im Mag. f. d. bad. Rechtspfl. Bd. I, S. 455 und Jagemann, die Zukunft der teutschen Schwurg. Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 354.

225) Vgl. hierüber Schäffer, der Geschworene in polit. Processen, — Gerichtssaal 1851 Bd. I, S. 111 flg. und Brauer ebendas. 1854 Bd. II, S. 179 flg.

fertigt sind. Immerhin wird aber der Ausschluß der Jury bei politischen Processen ein bedenkliches Urtheil über die Befähigung der Jury überhaupt enthalten. Er setzt aber auch in den Ländern, wo Geschwornengerichte bestehen, die Regierung leicht dem Mißtrauen aus, als ob sie die politischen Verbrecher anders beurtheilt sehen wolle, als die übrigen Verbrecher und Verurtheilungen wünsche, welche sie nur durch von ihr angestellte Richter erwarten könne. Man weiß, wie dergleichen Unterstellungen zum Nachtheile der Regierung ausgebeutet zu werden pflegen und wie verderblich der Zweifel an der Unparteilichkeit der Staatsgewalt wirkt. Ferner mag nicht verkannt werden, daß zur Zeit jener ungerechtfertigten Freisprechungen man der Jury noch die vielbesprochene Omnipotenz beilegte und sie über ihre Aufgabe zu täuschen bemüht war, um durch sie die öffentliche Meinung über die Strafbarkeit einzelner Handlungen selbst zu corrumpiren und diese letzteren als gerechtfertigt erklärt zu sehen [226]). Es wurde ein politischer Parteikampf. Auf der einen Seite sah man in der Freisprechung einen Sieg, auf der anderen eine politische Niederlage. Man stellte die Jury als eine gesetzmäßige Opposition gegen die Regierung und ihre Maßregeln und die Beamten als die blinden Werkzeuge derselben dar. Das Anklageerkenntniß war ein Angriff auf die neue Freiheit und das Verdict der Jury der Sieg der Partei über denselben. Hierdurch wurde zugleich ein Mißtrauen zwischen Jury und Richter gesät, das nothwendig schlimme Früchte tragen und die Jury rückhaltlos der Strömung der Zeit [227]) preisgeben mußte. Wir glauben, daß, so wenig die mehrberegten Freisprechungen, wo sie in offenbarem Widerspruche mit den Thatsachen und dem Gesetze standen, gebilligt werden können, ein großer Theil der Schuld nicht das Institut selbst, sondern die Art seiner Einführung und Auffassung, welcher man nicht gebührend entgegentrat [228]), ja welche man anfänglich begünstigt hatte, trifft. Die Wissenschaft und die Erfahrung werden die öffentliche Meinung über die Aufgabe der Jury immer mehr aufklären und hierdurch sowie durch eine würdige Stellung des Richters und Staatsanwaltes zu den Geschworenen, welche ein vertrauensvolles und die gegenseitigen Befugnisse respectirendes Zusammenwirken ermöglicht, der Jury den Charakter verleihen, welcher ihr Achtung im Staate und Anerkennung selbst bei ihren principiellen Gegnern verschaffen wird [229]). Man kann bei dieser Andeutung sich hier begnügen. Daß

---

226) Vgl. Buchner, Gerichtssaal 1853 Bd. II, S. 213, 218. Stemann S. 427, sowie die treffliche Ausführung Seuffert's, in der Augsb. Allg. Zeitg. 1851. Beilage zu 229, 230.

227) Vgl. Schäffer, im Gerichtssaale 1851 Bd. I, S. 111, 119, sowie die Bemerkungen in den Blättern für Rechtsanw. in Bayern 1851 Nr. 9 und Mittermaier, im Gerichtssaale 1852 Bd. I, S. 12 flg.

228) Vgl. noch Buchner a. a. O. S. 221.

229) Ueber den Vorschlag des Präsid. Dr. Götze zu Berlin (in s. Votum über die preuß. Schwurgerichte; herausgeg. von Dr. Keller), das Richtercolleg

aber auch Seiten der Richter nicht immer jenes Zusammenwirken erstrebt, vielmehr eine gewisse Gereiztheit über die Beschränkung ihrer Befugnisse durch die Jury und eine vornehme Geringschätzung ihrer Befähigung unverholen sich gezeigt hat, ist eine ebenso unbestreitbare Thatsache, deren nachtheilige Rückwirkungen nicht ausbleiben konnten. Nachdem die Jury einmal eingeführt ist und so lange sie besteht, werden die Richter ihre Aufgabe besser erfüllen und der Gesammtheit einen größeren Dienst erweisen, wenn sie das Beispiel der englischen Richter bei ihrer Stellung zu der Jury vor Augen behalten[230]).

Die Erfahrungen, welche man betreffs der Verdicte der Jury bei politischen Verbrechen gemacht hatte, waren jedoch für mehrere Gesetzgebungen maßgebend. Die Gesetzgebungen Nassau's (G. v. 23. Decbr. 1851), Hessen Darmstadts (G. v. 22. März 1852 in Verb. mit dem G. v. 27. März 1851) und Preußens (G. v. 1853)[231]) haben die Aburtheilung der politischen Vergehen der Jury entzogen und bestimmten Obergerichten übertragen. Durch die Gesetzgebung einzelner Länder über den Belagerungszustand und die während desselben betreffs gewisser Verbrechen eintretende Suspension der ordentlichen Gerichte ist gleichfalls die Competenz der Jury bei den gedachten Verbrechen beschränkt.

Sehen wir nun von den politischen Processen ab, so liegen die glaubwürdigsten Zeugnisse zu Gunsten der Jury und ihrer Thätigkeit vor.

Mittermaier hat bereits über diese Thätigkeit in mehreren teutschen Ländern (insbesondre in Oesterreich, Preußen, Bayern, Hannover, Würtemberg, Baden, Braunschweig, Kurhessen, Großh. Hessen und Nassau) allgemeine Uebersichten im Gerichtssaale geliefert[232]). Man kann hier noch auf die Mittheilungen Reichmann's[233]) betreffs Nassau's, — Zentner's, Haager's und Brauer's betreffs

---

und die Geschworenen von Haus aus zusammentreten und über die Thatfrage gemeinschaftlich abstimmen zu lassen, werden wir noch später sprechen. Er führt nothwendig zu einer thatsächlichen Aufhebung des Schwurgerichtes. Vgl. auch Delbrück, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. II, S. 178 flg. Ebensowenig kann geheime Abstimmung empfohlen werden. (Schäffer a. a. O. S. 123). Auch der Vorschlag Brauer's (Gerichtss. Jahrg. VI, Bd. II, S. 183), eine Specialjury zu bilden, enthält eine bedenkliche Ausnahmebestimmung, deren Ausführung überdies in erregten Zeiten keine erhöhte Garantie bietet. — Vgl. noch Arnold, im Criminalarchiv 1854 S. 244 flg. und die daselbst gemachten Vorschläge.

230) Sehr richtig bemerkt Heffter, Archiv des Criminalr. 1852 S. 12, daß eine Hebung der Uebelstände wesentlich nur in einer wohlgeregelten Auswahl tüchtiger Schwurmänner und in der moralischen Haltung des Richterstandes zu finden.

231) Vgl. die Motiven desselben bei Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 97 flg. und die Commissionsberichte ebendas. S. 422.

232) Vgl. Bd. VII, 3—39, 210 flg., 299 flg., 391 flg. Bd. VIII, S. 1 flg., 215 flg. Bd. IX, S. 3 flg. Bd. X, S. 399 flg.

233) Gerichtssaal Bd. IX, S. 296 flg., 413 flg. Bd. X, S. 3 flg., 251 flg.

Badens[234]), — auf die bayerischen Sitzungsberichte — auf die Mittheilungen in dem Klencke'schen Mag. für hannöv. Recht rc. Bezug nehmen[235]). Ein besonders wichtiges Zeugniß ist in Goltdammer's Archiv für preuß. Strafrecht Bd. I, S. 347 flg.[236]) niedergelegt. Die Assisenpräsidenten in Preußen haben in ihren amtlichen Berichten immer günstiger über die Jury sich ausgesprochen. Es wird bemerkt, daß das Lob treffender Wahrsprüche überwiegend geworden und es werden Fälle von großer Verwickelung, schwieriger Auffassung und complicirter Fragstellung genannt, in denen von der Jury mit Schärfe und richtigem Tacte geurtheilt worden ist. Es liegen daselbst Berichte über Schwurgerichtssitzungen vor, in welchen bis zu dreißig einzelne Strafsachen verhandelt sind, und gleichwohl nicht gegen ein Verdict Rüge erhoben, vielmehr überall die Uebereinstimmung des Gerichtshofes mit allen Verdicten ausgesprochen wird[237]). In gleicher Maße nimmt in Preußen, nach demselben Berichte, die frühere Klage über den Mangel an Pflichteifer der einberufenen Geschworenen ab. Selbst diejenigen Assisenpräsidenten, welche sich principiell gegen das Institut selbst aussprechen, bezeichnen die Wahrsprüche als völlig sachgemäß und den Eifer der Geschworenen als tadellos. Der verdiente Staatsproc. Reichmann in Nassau[238]) erklärt, daß ihm nicht ein einziger Fall vorgekommen, wo man den Wahrspruch, welcher auf Schuldig lautete, als einen nicht zu rechtfertigenden ansehen müssen. Ebenso sprechen sich badische Juristen aus. Daselbst haben die Verdicte allgemeine Zustimmung, selbst bei den principiellen Gegnern gefunden und sogar bei den Eigenthumsverbrechen habe man von keiner übereilten Verurtheilung gehört[239]). Dagegen versichern die Praktiker anderer Länder, daß die Jury eine große Neigung zu Verurtheilungen bei Eigenthumsverbrechen zeige. Es wird immer ein mißliches Unternehmen sein, nach den Ansichten Einzelner über einzelne Fälle und die in denselben ertheilten Aussprüche den Werth des Institutes selbst bemessen zu wollen. Könnten im schriftlichen Verfahren die Acten allgemein zugänglich gemacht werden, so würden die Erkenntnisse der Behörden gewiß auch mannigfache

234) Mag. f. bad. Rechtspflege Bd. I, S. 451. Gerichtssaal 1854 Bd. II, S. 165 flg.

235) Betreffs Zürichs vgl. den Bericht von Dubs (s. oben) und betreffs Berns den Bericht des Dr. Herrmann (Krit. Zeitschr. rc. XXVI, S. 224 flg.).

236) Vgl. noch Kräwell, im Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. I, S. 357. Delbrück ebd. IV, Bd. II, S. 167.

237) Es ist Thatsache, daß die Verurtheilten nicht selten nachträglich das Verbrechen, das sie bis dahin geleugnet hatten, eingestanden. In Preußen bietet insbesondre die Untersuchung vor dem Berliner Schwurgerichte gegen Schall, den Mörder Ebermann's, einen interessanten Beleg. — Ueber Nassau Reichmann a. a. O. —

238) Gerichtssaal a. a. O.

239) Zentner, im Mag. f. bad. Rechtspflege Bd. I, S. 451 in Verb. mit Haager ebd. S. 369 flg. — Vgl. die oben angez. Berichte aus Zürich.

Anfechtung finden und einer scharfen oft unberufenen und noch öfter ungerechten Kritik ausgesetzt sein. Daß überdies Fehlgriffe der rechtsgelehrten Richter, bei aller Pflichttreue, nicht zu vermeiden sind, lehrt die Erfahrung, auch in der neuesten Zeit. Selbst die Gegner der Jury beschränken ihren Vorwurf ungerechter Verurtheilungen auf die Verdicte bei Eigenthumsverbrechen, ohne zugleich diesen Vorwurf bei schwereren Verbrechen auszusprechen. Merlin, ein Gegner der Jury, sagt[240]: Rendons pourtant justice aux erreurs, même à la prévarication des jurés; ils ont trop de fois acquitté des coupables; mais il n'a pas encore été prouvé, qu'ils eussent jamais fait couler une goutte de sang innocent.

Als der entschiedenste Gegner der Geschwornengerichte in neuester Zeit ist Röllner in seinem bereits angezogenen Buche: die teutschen Juristen, aufgetreten. Es sind insbesondre politische Bedenken, hergenommen aus der neuesten Zeit und der Tendenz ihrer Einführung in Teutschland, welche den Verfasser zu seiner Verurtheilung der Geschwornengerichte bestimmt haben, ohne jedoch die Gründe zu vergessen, welche gegen die Jury als Rechtsanstalt von rein juristischem Standpunkte aus erhoben worden sind. Eine nicht minder interessante, der Jury entschieden ungünstige, Abhandlung ist in der Zeitschrift der Züricherischen Rechtspflege von Schauberg Bd. XVIII, S. 33 flg., 229 flg. (über die Gebrechen des neu eingeführten Geschworenengerichtes) erschienen. Es wird daselbst versichert, daß das neue Verfahren niemals in Zürich ein Volkswunsch und ein Bedürfniß des dasigen Rechtslebens gewesen. Man habe zwar Reformen verschiedener Gebrechen des Verfahrens (welche angeführt werden), keinesweges aber eine völlige Vertauschung desselben mit dem Schwurgerichtsverfahren verlangt. Dasselbe sei in einem freien Staate als der Strafgerechtigkeit nachtheilig unbedingt zu verwerfen, da die Verfassung des Staates bereits die nöthige politische Bürgschaft gewähre.

Die Ueberzeugung bricht sich immer mehr Bahn, daß die Jury nur bei einem, ihren Beruf als Rechtsanstalt sichernden, Wahlgesetze eine gedeihliche Entwickelung finden werde[241]. Die Frage über die zweckmäßigste Bildung der Dienstliste ist noch keineswegs abgeschlossen[242]. Man muß sich sagen, daß, da der Jury ein Theil der richterlichen Gewalt übertragen ist, auch die möglichste Intelligenz als Bedingung der

---

240) Repert. sub voce: jury §. IV.

241) Vgl. noch Heffter, im Archiv f. das Criminalr. 1849 S. 16 flg. und Gneist a. a. O. S. 198 flg.

242) Vgl. noch Brauer, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. II, S. 136 flg. Purgold ebd. Jahrg. II, Bd. I, S. 464 flg. — Ueber Bayern Petersen ebd. Jahrg. I, Bd. II, S. 19 flg. und Nassau ebd. Jahrg. V, Bd. II, S. 5 flg. (Reichmann). — Die Bildung durch Volkswahlen ist wohl jetzt allgemein aufgegeben. Vgl. noch Mittermaier, Gerichtsf. Jahrg. IV, Bd. I, S. 14 flg. und Gneist S. 198 flg.

Wählbarkeit anzusehen ist. Dieselbe ist nun allerdings nicht unbedingt an bestimmte Stände gebunden oder aus einer hohen Steuerquote zu erkennen. Allein eine Aufstellung von Kategorieen, deren Mitglieder unbedingt und sämmtlich zum Geschwornendienste befähigt wären und zugleich die sämmtlichen Befähigten im Lande repräsentirten, ist geradezu unmöglich. Es werden stets Unfähige von den Kategorieen betroffen und Fähige durch sie ausgeschlossen werden. Die Intelligenz ist nicht an äußere Merkmale und Voraussetzungen gebunden, während doch das Gesetz, wenn es sich nicht in's Bodenlose verlieren will, dergleichen Normen aufstellen und deshalb diejenigen Kategorieen, in denen in der Regel die Intelligenz vertreten ist, wählen muß[243]). Einige Garantie gewährt überdies immer der amtliche Beruf oder die bürgerliche Stellung des Geschworenen. Dazu kommt, daß die Function des Geschworenen nicht blos ein Recht, sondern auch eine Pflicht ist[244]) und der Staat nicht Personen zur Erfüllung derselben anhalten darf, wo diese mit unerschwinglichen Opfern für den Verpflichteten verbunden ist, sowie daß die Feststellung der engeren Dienstliste das Mittel zur Purification der Liste bietet, — mithin, daß in ersterer Beziehung nicht blos die geistige, sondern auch die finanzielle Befähigung nicht völlig außer Acht gelassen werden darf und daß in zweiter Beziehung die geistig Befähigtsten unter den auf die allgemeine Dienstliste eingetragenen Männern ausgewählt werden können. So wenig ein zu hoher Census gebilligt werden kann, so kann noch weniger ein zu niedriger Census, der gewissermaßen nur die Almosenempfänger ausschließt, gebilligt werden. Die Erfahrungen in Belgien sind hier von Wichtigkeit[245]). Sie führten zu einer Erhöhung des ursprünglichen, nach der Wahlberechtigung normirten Census. Der letztere kann überhaupt nicht maßgebend sein, da bei Feststellung der politischen Wählbarkeit andere Rücksichten als bei der Wahl der Jury zu nehmen sind[246]) Man vergesse auch nicht,

---

243) Ein wahrer Hohn ist die Vorschrift (z. B. in Waadt), die Wahl lediglich dem Loose zu überlassen. Sie setzt voraus, daß jeder selbstständige Einwohner auch zum Geschwornendienste, der als eine allgemeine Bürgerpflicht angesehen ist, befähigt sei. Sie beruht auf einer demokratischen Auffassung des Institutes und setzt an die Stelle der Parteiwillkür bei der Volkswahl die Zufälligkeit des Looses. Daß das Recusationsrecht hierbei keine Abhilfe gewähren kann, liegt klar vor. — Selbst die Commission der Nationalversammlung Frankreichs im J. 1848 erklärte sich gegen das Loos. Mittermaier, Zeitschr. d. RW. d. Ausl. XX, S. 89.

244) Als eine solche Pflicht ist die Geschwornenfunction auch in dem interessanten Exposé des Pariser Cassationshofes, mitgetheilt von Heffter, im Criminalarchiv 1849 S. 24 flg., aufgefaßt. Sie steht gegenüber dem Rechte jedes Angeklagten, durch eine Jury gerichtet zu werden.

245) Vgl. Vischers, in der krit. Zeitschr. d. RW. d. Ausl. Bd. X, S. 425 in Verb. mit Mittermaier, die Mündlichkeit ꝛc. S. 64 und Holzinger, die Schwurgerichte Würtembergs S. 138 flg.

246) Stemann, von der Jury S. 206 flg. Köstlin, das Geschwornengericht S. 172 flg. Gneist S. 199 flg.

daß bei Unbemittelten wohl die nöthige Intelligenz, nicht aber stets die ebenfalls nöthige Unabhängigkeit gefunden wird. Gegen jede Aufstellung von Kategorieen als präsumtiven Inhabern der erforderlichen Intelligenz und Wohlhabenheit erklärt sich Heffter[247]). Derselbe will vielmehr, daß die Berechtigung zur Theilnahme am Schwurgerichte auf dem ganzen Volke hafte, jedoch aus demselben nunmehr durch Gemeindebeamten die Fähigen ausgewählt und sodann aus diesen wieder durch einen oberrichterlichen Act die eigentlichen Wahlgeschworenen (Specialliste) bestimmt werden. Bei der Wahl der Höchstbesteuerten wird auf die allgemeinen Steuerverhältnisse der einzelnen Provinz[248]) Rücksicht zu nehmen sein und ebenso die Wahl der sogenannten Capacitäten immer ein mißliches Ding bleiben[249]). Man will in den Geschworenen lebenskräftige, erfahrene Männer, welche frei von einseitigen und befangenen Theorieen das Leben mit seinem eigenen Maßstabe richten. Daß dies die sog. Gelehrten oft nicht verstehen, ja selbst die einzelnen Facultäten ihren Jüngern, wenn sie nicht im Leben selbst ihre Läuterung finden, verschiedene Maßstäbe zur Beurtheilung des Lebens und seiner Erscheinungen, sowie der menschlichen Handlungen und ihrer Beziehung zur Willensfreiheit und zur Moral gewähren, das ist wohl eine unbestreitbare Thatsache. Man hüte sich daher, die Intelligenz, welche man hier erfordert, speciell in den sog. Gelehrten finden zu wollen. — Bei den durch ihre amtliche Stellung zum Geschwornendienste Berechtigten finden wir insbesondre die Gemeindebeamten berücksichtigt. Auch hier muß auf die Verhältnisse des einzelnen Landes gesehen werden. Die Bestimmungen über die Wahlen zu Gemeindeämtern werden auch auf die Frage über die Befähigung der Gemeindebeamten in Bezug auf Intelligenz und Unabhängigkeit Einfluß äußern.

Die teutschen Gesetzgebungen haben auch hier experimentirt. Die Zeitströmungen waren nicht ohne Einfluß. Die politische Auffassung des Institutes bestimmte die Bedingungen der Wahlfähigkeit[250]). Dessenungeachtet hat auch hier die neuere Zeit und die Klärung der

---

247) Criminalarchiv 1849 S. 17 flg.

248) Vgl. noch Gneist S. 172 flg. Vgl. auch die Mittheilungen aus Hannover im Mag. für hannöv. Recht Bd. I, S. 145 und Mittermaier, Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ꝛc. S. 385.

249) Vgl. noch Gneist S. 195 flg. — Interessante Notizen über das Verhältniß des Census zu den Capacitäten in Hannover, Gerichtssaal 1853 Bd. II, S. 409. Mag. f. hannöv. Recht Bd. II, S. 6 flg. — Ueber die Auffassung des Census und der Capacitäten in den teutschen Gesetzen, gegenüber der französischen, vgl. Schletter, in s. Annalen der Criminalrechtspflege 1853 S. 225.

250) Vgl. die Zusammenstellung der Vorschriften in den einzelnen Gesetzgebungen bei Würth, Commentar S. 103 flg. und die Mittheilungen bei Holzinger, die Schwurgerichte Würtemberg's S. 138 flg., 152 insbes. über die Motiven der betr. Vorschläge einzelner teutscher Gesetzgebungen.

Ansichten viel dazu beigetragen, die Wirkungen dieser Auffassung auszugleichen. Man hört zwar häufig Beschwerden über zu große Belastung des Einzelnen oder einzelner Klassen, weniger aber über den Mangel an Bildung unter den berufenen Geschworenen. Die Bildung ist überhaupt im teutschen Volke viel allgemeiner verbreitet und wirkliches Gemeingut geworden, als in anderen Ländern, wo der Schein gern für das Sein genommen und von uns selbst in gutmüthiger Bescheidenheit bewundert wird.

Die meisten teutschen Gesetzgebungen [251]) (ausgenommen Thüringen [252]), welches weder besondere Kategorieen als präsumtive Capacitäten aufstellt, noch Census verlangt) beruhen auf der Vereinigung eines Vermögenscensus (wenngleich derselbe z. B. in Würtemberg sehr niedrig gestellt ist), mit dem Systeme der Capacitäten. Außer dem allgemeinen Requisite der Staatsangehörigkeit und des Besitzes der bürgerlichen Ehrenrechte erfordern ferner die meisten Gesetze 30jähriges Lebensalter und zum Theil auch einen längeren Aufenthalt in der Gemeinde. Als Capacitäten werden insbesondre Inhaber academischer Würden, Gemeindebeamten, Mitglieder der Gemeindevertretung ꝛc. genannt [253]). Der Census ist entweder ein bestimmter oder es wird eine gewisse Zahl der Höchstbesteuerten jeder Provinz berufen. Durchgängig sind Geistliche [254]), Richter [255]) und Staatsanwälte sowie die Vorstände der Ministerien, nicht minder auch häufig entweder alle oder einzelne Klassen [256]) activer Staatsdiener und der Polizeibeamten, ferner Militärpersonen [257]) ausgeschlossen. Bevormundete, Cridare und in Untersuchung Befangene sind zu dem Ehrenamte eines Geschworenen unfähig. Bei einem bestimmten Alter (als welches von einigen Gesetzgebungen auf 65, von anderen auf 70 Lebensjahre angenommen worden) kann das Amt eines Geschworenen abgelehnt werden [258]). Nicht minder kann ein Geschworener verlangen, daß er nicht mehr als zur Dienst-

---

251) Preußen (1849) §. 62 flg. Bayern §. 75 flg. Hannover (G. v. 1849). Großh. Hessen §. 30 flg. Baden §. 49. Würtemberg G. v. 14. Aug. 1849. Braunschweig §. 107 und nunmehr seit d. G. v. 22. Juli 1851 §. 42 auch Kurhessen und seit d. G. v. 22. März u. 26. April 1852 Art. 2 auch Nassau.

252) Thüringen Art. 23.

253) Vgl. die Zusammenstellung der betr. Vorschriften in den teutschen Gesetzgebungen bei Schletter, in s. Annalen der Criminalrechtspflege Jahrg. 1853 Märzheft (S. 211). Ein durchgreifendes Princip wird leider häufig vermißt.

254) Nur Baden giebt den Geistlichen lediglich einen Entschuldigungsgrund.

255) Vgl. hierüber Ruppenthal, Materialien S. 274 flg. Ebendas. S. 272 flg. über den Ausschluß der Aerzte, wo dieselben die einzigen in ihrem Districte sind.

256) Schletter a. a. O. S. 215 flg., 219.

257) Auch hier macht Baden eine Ausnahme.

258) Das preuß. Recht (V. v. 1849 §. 63, Nr. 8) läßt Männer über 70 Jahre als Geschworene nicht zu.

leistung bei einer ordentlichen Schwurgerichtssitzung desselben Jahres angehalten werde, und daher die Eintragung in die Geschwornenliste für das nächste Jahr ablehnen, während einige Gesetze jedem Geschworenen, welcher bei einer Schwurgerichtssitzung Dienst geleistet hat, gestatten, der Eintragung in die Dienstliste für die vier folgenden Sessionen zu widersprechen. Die Liste sämmtlicher, in einem Bezirke befindlicher befähigter Personen, welche jährlich revidirt und berichtigt, beziehendlich ergänzt wird, ist die Urliste. Besondere Vorschriften regeln die Fertigung und Bekanntmachung sowie definitive Feststellung derselben, nicht minder die Einwendung von Reclamationen und die Entscheidung über die letzteren. Aus der Urliste wird die Jahresdienstliste gebildet. Die Reduction der ersteren auf die letztere ist bekanntlich eine der schwierigsten Fragen der Gesetzgebung [259]). Die Bestimmung der Jahresdienstliste durch das Loos wird wohl allgemein verworfen [260]). Der große Einfluß, den in Frankreich die Präfecten auf die Bildung der Listen äußerten, wurde auch in Frankreich oft als ein erheblicher Uebelstand empfunden und die Gesetzgebung der Jahre 1827 und 1832 suchte demselben abzuhelfen. Die neunapoleonische Gesetzgebung (G. v. 10. Juni 1853 §. 11) überträgt — wie oben bemerkt — die Bildung der Jahresliste einer aus dem Präfecten und den sämmtlichen Friedensrichtern des Bezirkes gebildeten Commission. Die preußische Gesetzgebung überträgt sie gleichfalls dem Regierungspräsidenten (V. v. 1849 §. 66) und das neue kurhessische Gesetz vom 22. Juli 1851 §. 42 dem Landrathsamte und zwar dergestalt, daß die Behörden lediglich auf ihr Ermessen verwiesen sind. Das würtembergische Gesetz überweist die Reduction dem Vorstande des Civilsenates des Kreisgerichtshofes und das großh. hessische Gesetz dem Dirigenten der Regierungscommission [261]). Die übrigen Gesetzgebungen beauftragen Gemeindeausschüsse und sonstige Gemeindeorgane mit der Reduction, jedoch zumeist dergestalt, daß ein Staatsbeamter hierbei den Vorsitz führt. Aus der so gebildeten Jahresdienstliste [262]) wird nun nach mehreren Gesetzgebungen die Zahl der für die einzelne Schwurgerichtsperiode erforderlichen Geschworenen durch das Loos bestimmt, so daß eine weitere Reduction nicht stattfindet. Andere Gesetzgebungen bestimmen, daß durch das Loos eine größere Zahl von Geschworenen gewählt werde und daß nunmehr der Assisenpräsident

---

259) Vgl. über die einzelnen teutschen Gesetzgebungen noch Holzinger a. a. O. S. 157 flg.

260) In Belgien bestand dieselbe von 1830 bis zum Gesetze vom 15. Mai 1838. Vgl. über das neue Gesetz Holzinger a. a. O.

261) Ueber die Sichtung der Urliste durch Staatsbeamte vgl. noch Gneist a. a. O. und Arnold, im Criminalarchiv 1854 S. 240 flg.

262) Die Bekanntmachung derselben ist nicht allgemein vorgeschrieben, — sie empfiehlt sich aber, um das Vertrauen der Reduction zu erhöhen, da außerdem nicht zu ersehen ist, ob die Weglassung des Einzelnen bereits bei Bildung der Jahresdienstliste oder erst bei der Specialdienstliste erfolgt ist.

dieselbe auf die Zahl reducire, welche für den Dienst in der Schwurgerichtsperiode gebraucht wird[263]). Die Zahl der letzteren ist verschieden und steigt von 24 bis 40, wozu noch die Ersatzgeschwornen, welche aus den Geschworenen am Sitze des Assisengerichtes gewählt werden, kommen[264]). Die Specialdienstliste ist dem Staatsanwalte und dem Angeklagten mitzutheilen. —

Bei der Sichtung der Urliste durch Gemeindeorgane wird immer auf eine Beimischung unabhängiger Elemente bedacht zu nehmen sein, da gerade bei den Gemeindemitgliedern rücksichtlich ihrer Genossen nur zu oft Parteilichkeit und Cliquenwesen eine unbefangene Beurtheilung ausschließt[265]). —

Nicht unberücksichtigt mag endlich bleiben, daß den Verwaltungsbeamten in der Regel eine bessere Kenntniß von der Individualität und Befähigung einzelner Personen beizuwohnen pflegt, als den höheren Gerichten, daß dagegen die Gerichte erster Instanz, wenn sie nicht auf Strafsachen beschränkt sind, gleichfalls mit den Persönlichkeiten genügend bekannt sein werden. Es möchte daher wohl in Frage kommen, ob man nicht die Wahl aus der Jahresliste für die Dienstliste statt dem zum Präsidenten abgeordneten Mitgliede des Appellationsgerichtes vielmehr dem Director des Gerichtes, woselbst das Schwurgericht abgehalten wird, übertrüge, zumal sich ein genügender Grund, warum gerade dem Assisenpräsidenten die Wahl übertragen wird, nicht finden läßt und andererseits die Wahl durch das Loos stets mißlich bleiben wird.

Die Liste der Geschworenen für die Schwurgerichtssitzung soll dem (verhafteten[266])) Angeklagten rechtzeitig zugestellt werden, damit er im Stande ist, die nöthigen Erkundigungen über die Persönlichkeit derselben einzuziehen[267]). Es ist diese Frist in den einzelnen Gesetzen verschieden bestimmt[268]). Die frühere Mittheilung als innerhalb dieser Frist ist kein Nichtigkeitsgrund[269]). Man legte früher in Frankreich Werth darauf, daß sie nicht früher zugestellt werde, damit eine längere Frist

263) Die StrafPO. von Braunschweig ordnet die unmittelbare Reduction der Urliste auf die Specialdienstliste durch das Loos an.

264) Sehr beachtenswerthe Vorschläge entwickelt Gneist in seiner bereits angezogenen Schrift. Auch ist hier auf die Vorschläge Brauer's in Carlsruhe (Gerichtsſ. Jahrg. II, Bd. II, S. 136 flg.) und auf die Bemerkungen Purgolds (ebd. Bd. I, S. 464 flg.) zu verweisen.

265) Vgl. noch die Mittheilungen über die Wahlen der Jury in Genf von Mittermaier, Zeitschr. f. ausl. Gesetzg. Bd. XVI, S. 360.

266) Auf diesen beschränkt sich in mehreren Gesetzen die Vorschrift. Fertig, Samml. Erg. Heft I, S. 213. Andere Gesetze schreiben es unbedingt vor, dafern nicht der nichtverhaftete Angeklagte die Zustellung deprecirt.

267) Ruppenthal, Materialien S. 280 flg.

268) Mittermaier, Gerichtsſ. 1850 Bd. I, S. 497. Würth, Commentar S. 422 flg.

269) Die preuß. Praxis findet nicht einmal in der verspäteten Zustellung einen Nichtigkeitsgrund. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 799.

nicht zu Einwirkungen auf die Jury gemißbraucht werde[270]). Diese Erwägung würde nur auf den Angeklagten, der am ersten Tage processirt wird, passen, nicht auf die Angeklagten an den folgenden Tagen[271]).

Die vorgeladenen Geschworenen enthalten eine Entschädigung des Reiseaufwandes[272]), — nicht auch Tagegelder für das Versäumniß und für sonstigen Aufwand[273]). Das Amt eines Geschworenen ist ein Ehrenamt und zugleich eine Bürgerpflicht[274]). Die Erinnerung an die bezahlten Geschworenen der französischen Revolutionstribunale ist ein warnendes Beispiel. Auch die Verabredung einer Gemeinde, unter sich den Aufwand zur Entschädigung der als Geschworene einberufenen Gemeindemitglieder aufzubringen, ist für unstatthaft erachtet worden[275]). Nicht minder werden in den Gesetzen[276]) hohe Geldbußen und im Wiederholungsfalle Entziehung der Wahlfähigkeit den Geschworenen für den Fall ungehorsamen Außenbleibens oder zu früher Entfernung angedroht. Ueber Entschuldigungen entscheidet[277]) der Schwurgerichtshof[278]) und nach der Beendigung der Function desselben das betreffende Obergericht.

Außer den allgemeinen Gründen der Unfähigkeit sind noch besondere Gründe der Unfähigkeit (im einzelnen Falle) zu berücksichtigen[279]); z. B. wenn der Geschworene mit dem Angeklagten, dem Beschädigten oder einem der Richter verwandt oder als Zeuge oder Sachverständiger in der Untersuchung abgehört worden ist. Der Präsident fordert den Staatsanwalt, den Angeklagten und die Geschworenen auf, derartige, ihnen etwa bekannte Hindernisse in dem Eintritte eines der letzteren in die Jurybank vor Bildung derselben anzuzeigen.

Die Zahl der Hauptgeschworenen, welche in der Sitzung erscheinen sollen, wird in den Gesetzen verschieden bestimmt. Das braunschweiger Gesetz §. 123 erfordert die Anwesenheit von 36 Geschworenen, die übrigen Gesetze entweder 30 oder nur 24. Die Zahl der vorge-

---

270) Hierauf beruht auch das Verbot der privaten Bekanntmachung der Liste durch die Presse. Vgl. Bundespreßgesetz v. 6. Juli 1854 §. 24.

271) Ruppenthal a. a. O. Vgl. jedoch Scheurl, Bemerk. S. 88. Uebrigens noch zu vgl. Fertig, Samml. Erg. Heft I, S. 19.

272) Würtemb. Verordn. v. 13. Decbr. 1849 bei Lebret Bd. II, S. 252 flg., 258 flg. Kgl. bayer. Verordn. v. 23. Decbr. 1848.

273) Das kurhessische Gesetz v. 1848 §. 57 gewährte Tagegelder. Es ist jedoch diese Bestimmung durch §. 16 des Gesetzes v. 22. Juli 1851 aufgehoben worden. —

274) Gneist S. 247. Heffter, im Criminalarchiv 1849 S. 3, 24. Fertig, Erg. Heft I, S. 203.

275) Vgl. die Verfügung bei Lebret, die Strafrechtspflege Würtembergs Bd. II, S. 255.

276) Vgl. Holzinger, die Schwurgerichte Würtembergs S. 166.

277) Ein vorheriges Gehör des Angeklagten findet nicht statt. Vgl. noch Fertig, Samml. Erg. Heft I, S. 13. Sitzungsberichte Bd. II, S. 463.

278) Daniels S. 168.

279) Vgl. Schletter a. a. O. S. 222.

ladenen Geschworenen ist größer. Jedoch hat der Angeklagte kein Recht auf diese Zahl[280]). Sind weniger Geschworene erschienen, so wird die erforderliche Zahl durch Ergänzungsgeschworene erfüllt.

Fälle, in denen die Giltigkeit der Verhandlung wegen Unfähigkeit eines Geschworenen angefochten worden ist, kommen in den in den Zeitschriften enthaltenen Berichten nur selten vor. Die Frage, ob eine Nichtigkeitsbeschwerde darauf gegründet werden könne, daß ein Geschworener, welcher bei der Aburtheilung mitgewirkt habe, die gesetzliche Steuerquote nicht bezahle, ist bekanntlich in Frankreich und Belgien vielfach discutirt worden[281]). Sie ist im allgemeinen in Bayern[282]) bejahend entschieden, die diesfallsige Vorschrift vom Oberappellationsgerichte zu München aber so beschränkt aufgefaßt worden, daß sie keinen großen Werth hat[283]). Eine derartige Vorschrift des Gesetzes erscheint befremdlich, weil sie von einem Irrthume der Verwaltungsbehörde über die Steuerquote die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer gerichtlichen Verhandlung abhängig macht und dieser Irrthum sich möglicherweise auf wenige Pfennige oder Kreuzer bezieht. Dessenungeachtet kann die Ungiltigkeit einer solchen Verhandlung wohl kaum bezweifelt werden, nachdem das Gesetz einmal die Befähigung zum Geschwornendienste von Entrichtung einer bestimmten Steuerquote abhängig macht und daher nicht mehr gefragt werden kann, ob viel oder wenig an der Quote im einzelnen Falle fehle. Ein Feilschen über das Mehr oder Weniger und ein Ausgleichen aus Nützlichkeitsgründen ist unzulässig. Die Gründe der Gegner beweisen zu viel; denn nach denselben kommt zuletzt auf die Steuerquote, welche das Gesetz als Bedingung der Wählbarkeit angenommen hat, nichts an[284]). — Das Obertribunal zu Berlin

---

280) Fertig a. a. O. S. 13.

281) Vgl. Mittermaier, Gerichtssaal 1850 Bd. I, S. 499 flg. Man hat gesagt, daß die Controle über die Steuerzahlung lediglich Sache der Verwaltungsbehörde sei. Hierdurch würde jede gerichtliche Prüfung der Liste ausgeschlossen und die Möglichkeit gegeben werden, daß die Behörde das fragliche Erforderniß als unwesentlich beseitigte. Das Oberappellationsgericht zu Kassel hat eine diesfallsige Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Vgl. Kompe, Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 56 flg. Ebenso OAGericht zu Celle (Mag. f. hann. R. Bd. II, S. 164).

282) G. v. 10. Nov. 1848 §. 231, Nr. 16. Maurer (Referent über das Gesetz) im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. II, S. 440 flg. in Verb. mit Mittermaier a. a. O.

283) Sitzungsber. Bd. I, 155. Der Angeklagte muß übrigens bestimmt die Unfähigkeit bezeichnen. Vgl. bayer. G. Art. 231, Nr. 16 und dazu Scheurl S. 137 flg.

284) Ebenso der Fall, wenn Jemand mitgewirkt hat, dem die Staatsangehörigkeit in dem betr. Staate (vgl. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 330) oder welchem das gesetzliche Alter fehlt (vgl. hierüber die Entscheidung bei Würth, Commentar S. 622 Anm. Mittermaier, Gerichtssaal 1850 Bd. I, S. 502 flg. Blätter für Rechtsanw. Bd. XIV, S. 83. Stemann, die Jury S. 137.).

hat in einer Untersuchung wegen Bankrotts das Urthel vernichtet[285]), weil ein Geschworener, welcher in der Voruntersuchung gutachtlich sich darüber, ob der Angeklagte als Fabrikbesitzer anzusehen sei, geäußert, mitgewirkt hatte und dieses (sachverständige) Gutachten in der Hauptverhandlung vorgelesen worden[286]).

Irrthümer in der Bezeichnung der Geschworenen entweder in Bezug auf den Namen oder Eigenschaften derselben sind, wenn dadurch keine Zweifel über die Identität entstanden, unwesentlich[287]).

Die Bildung der Geschwornenbank erfolgt in den meisten Staaten in öffentlicher Sitzung.

Betreffs des Recusationsrechtes, welches im Hauptzwecke den Bestimmungen des französischen Rechtes nachgebildet ist, sind in den, dem Verfasser zugänglichen Berichten und sonstigen Mittheilungen keine bemerkenswerthen Erfahrungen verzeichnet[288]). Die Recusation ist übrigens allenthalben peremtorisch. Sind so viele Geschworene abgelehnt, daß nur noch zwölf übrig bleiben, so müssen diese doch noch, der Controle und der Reihenfolge wegen, aus der Urne gezogen werden[288a]). Die Erklärung über Annahme oder Ablehnung erfolgt zuerst durch den Staatsanwalt, wodurch der Angeklagte begünstigt ist[289]). Mehrere Angeklagten müssen sich über die Ablehnung vereinigen, da die Zahl der Ablehnungen unabhängig ist von der Zahl der Angeklagten, — außerdem entscheidet das Loos[290]).

Die Vereidung der Jury erfolgt nach Maßgabe der gesetzlich vorgeschriebenen Eidesformel[291]), in welcher meistens den Geschworenen

---

285) Goltdammer a. a. O. S. 401.

286) Ueber andere Fälle vgl. Goltdammer Bd. II, S. 233, 401, 796.

287) Mittermaier a. a. O. S. 504 flg. Mängel und Unvollständigkeiten der Dienstliste hat man überhaupt für unwesentlich angesehen, wenn sie ohne Einfluß auf die Bildung der Geschwornenbank geblieben sind. Vgl. Goltdammer S. 530. Kompe, Gerichtssaal a. a. O. S. 54 flg.

288) In einem Falle weigerte sich der Angeklagte sich zu erklären. Man nahm die ohne Widerspruch ausgerufenen Geschworenen für angenommen an. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 86. Die Zahl der Ablehnungen ist für beide Theile gleich; bei ungerader Zahl ist der Angeklagte begünstigt. Die Zahl mindert sich bei Zuziehung von Ersatzgeschworenen um die Zahl der letzteren. Vgl. noch Goltdammer Bd. I, S. 350 flg. — Ueber den Widerruf der Annahme eines Geschworenen wegen Irrthums ebd. Bd. III, S. 100.

288a) Vgl. noch Lebret II, S. 193, Scheurl a. a. O. S. 72. — Das Recht zur Ablehnung der Hälfte der überzähligen Geschworenen ist übrigens durch eine irrige Zählung des Präsidenten, wenn der Angeklagte sich dabei beruhigt hat, nicht als verletzt angesehen worden. Fertig, Sammlung II, S. 114.

289) Dies nehmen sämmtliche Gesetze Teutschlands an. Nur die StrafPO. Thüringens enthält keine Bestimmung (§. 278). Das franz. Gesetz (Art. 399) hat die umgekehrte Reihenfolge.

290) Ueber das Recusationsrecht nach den einzelnen Gesetzgebungen vgl. noch Holzinger S. 172 flg.

291) Vgl. Würth, Comment. S. 523 flg. Der Präsident verliest die Eidesformel, worauf jeder Geschworene, einzeln, antwortet: ich schwöre. — Vgl. noch

sehr eindringlich die Erfüllung ihrer Pflichten anempfohlen und sie vor Parteinahmen verwarnt werden. Auch ergiebt sich in der Regel der Umfang der Aufgabe der Jury aus der Eidesformel in Verbindung mit der Instruction (davon unten).

Zu erwähnen ist hier der mehrfach gemachte, insbesondre in den preußischen Kammern erörterte, aber daselbst schließlich abgelehnte Vorschlag [292]), daß die Geschworenen in der jedesmaligen Sitzungsperiode nur einmal, vor dem Beginn der ersten Sache, für diese und alle folgenden Sachen, zu denen sie berufen würden, vereidigt werden sollen. Diesem Vorschlage liegt der Wunsch nach Verringerung der vielen Eidesleistungen unter, da möglicherweise an einem Tage mehrere Schwurgerichte gebildet werden, bei denen dieselben Geschworenen mitwirken, zumal nach Bestimmung des preußischen Gesetzes dasselbe Schwurgericht für mehrere Sachen beibehalten werden kann [293]). Allein nach diesem Vorschlage würden alle einberufenen Geschworene vereidet werden, auch wenn sie infolge von Nichtziehung ihrer Namen oder von Recusationen in keiner einzigen Sache wirklich zur Dienstleistung gelangten. Es wäre dies nutzlose Vermehrung von Eidesleistungen, die bei den nicht zur Mitwirkung gelangenden Geschworenen gar keinen Sinn hätte. Ein solcher, für einen nur möglichen Fall berechneter Eid hat überdies etwas Unpassendes. Der Vorschlag widerspricht ferner dem Wesen der Jury. Der Angeklagte kann verlangen, daß diejenigen, welche als Geschworene über ihn zu richten berufen sind, in seiner Gegenwart die hierzu erforderliche Verpflichtung ableisten [294]). Bei den Staatsrichtern treten ganz andere Verhältnisse ein. Dazu kommt, daß erst mit dem Augenblicke, wo die zwölf nicht abgelehnten Namen gezogen worden sind, das Schwurgericht sich bildet und sonach die frühere Vereidung nicht für dieses neue Gericht Geltung haben kann.

Sind Ersatzgeschworene für den Fall der späteren Verhinderung eines der fungirenden Geschworenen bei Verhandlungen zugezogen, die eine längere Dauer erwarten lassen, so werden diese ebenso wie die Hauptgeschworenen vereidet. Ihr späterer Eintritt setzt selbstverständlich ihre Anwesenheit bei der Verhandlung von Anfang derselben an voraus. Sie üben während derselben alle Rechte eines Geschworenen, z. B. betreffs der Stellung von Fragen an den Angeklagten u. s. w., aus, nehmen aber an der Berathung nur erst dann Theil [295]), wenn ein Haupt-

---

Mittermaier, in der Gerichtszeitung von Hannover (Mühry) I, S. 51, woselbst auch eine Zusammenstellung der verschiedenen Formeln gegeben ist und Holzinger, die Schwurgerichte Würtembergs S. 230 flg.

292) Sachau, im Gerichtss. Jahrg. V, Bd. II, S. 433. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 194.

293) Art. 68 des Gesetzes v. 1852 (vgl. noch Goltdammer a. a. O. S. 57).

294) Vgl. auch „Ein Geschworener über das Schwurgericht" im Gerichtssaale Jahrg. 1855 Bd. I, S. 49.

295) Vgl. kgl. preuß. G. Art. 72. Vgl. dazu die Kammerverhandlungen.

geschworener ausfällt und daher der Eintritt eines Ersatzgeschworenen nothwendig wird[296]).

Der Mangel gehöriger Vereidung eines Geschworenen zieht Nichtigkeit nach sich, muß aber rechtzeitig von dem Angeklagten, vor dessen Augen der Fehler vorgeht, gerügt werden[297]).

Ob die Geschworenen ihre Function mit der nöthigen Aufmerksamkeit und Pflichttreue wahrnehmen, darüber steht dem Gerichte keine Censur zu. Es ist dies ihrem eigenen Gewissen überlassen. Nichtigkeitsbeschwerden, die z. B. darauf gegründet waren, daß ein Geschworener während der Verhandlung geschlafen habe, sind für unzulässig erachtet worden[298]).

Da die Geschworenen nicht über die Anwendung des Gesetzes zu urtheilen haben, so haben sie bei ihrem Verdicte auf die, durch Gesetz angedrohte Strafe keine Rücksicht zu nehmen[299]). Ein eigenthümlicher Fall ereignete sich in Preußen, wo, nachdem der Vorsitzende in einem Falle, wo Todesstrafe in Frage kam, die Jury belehrt hatte, daß sie auf die Strafe keine Rücksicht zu nehmen hätte, einer der Geschworenen mit Bezug auf diese Belehrung um seine Entlassung und Ersetzung durch einen anderen Geschworenen bat. Dem Gesuche wurde gewillfahrt, das darauf ergangene Urthel aber vernichtet, weil eine Nothwendigkeit zur Ersetzung dieses Geschworenen, nämlich ein objectives Hinderniß in der Erfüllung seiner Function, nicht eingetreten, sondern nur ein subjectives Bedenken oder eine Abneigung desselben gegen seine Function constatirt sei. Der Grund jenes Verlangens des Geschworenen lag in der principiellen Abneigung desselben gegen die Todesstrafe. Auch der Justizminister mißbilligte das Verfahren des Gerichtes und erklärte, daß dergleichen Gewissensbedenken den Geschworenen zu einem Gesuche um Entlassung nicht berechtigten[300]).

Die teutschen Gesetze verordnen, daß der Präsident[301]) die

---

296) Das Obertribunal zu Berlin hat darin, daß der Ersatzgeschworene, ohne Ausfall eines Hauptgeschworenen, in das Berathungszimmer mitgegangen, einen Grund zur Cassation des Verfahrens gefunden. (Goltdammer Bd. II, S. 396 flg.) Vgl. auch die Entscheidung des OAGerichtes zu München (Fertig, Sammlung rc. S. 47).

297) Vgl. die Entscheidung bei Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 195.

298) Entsch. des Obertribunals zu Berlin (Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 800) und des OAGerichtes zu Kassel (Heuser, Entscheidungen Bd. V, S. 205).

299) Kräwel, im Criminalarchiv 1854 S. 410 flg. Vgl. noch über die Frage, ob zu den Geschworenen von der Strafe gesprochen werden darf? Blätter für Rechtsanw. Bd. XIV, Erg. S. 51.

300) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 351 flg., 531. — Es ist bekannt, daß nach einzelnen Statuten Amerika's in Capitalfällen der Geschworene vor der Vereidigung befragt wird, ob er die Todesstrafe verwerfe. Bejahenden Falles wird er als Geschworener nicht zugelassen.

301) Vgl. z. B. bayer. G. Art. 171. Hannover §. 189. Baden §. 96. Kurhessen §. 320.

Geschworenen auf ihre Pflichten aufmerksam mache, während in Frankreich der Obmann die Instruction (welche überdies im Berathungszimmer angeheftet sein soll[302])) der Jury vorliest[303]).

Die Stellung des Präsidenten ist überhaupt auch nach den teutschen Gesetzen eine höchst einflußreiche. Die Vorschriften des französischen Rechtes[304]) sind hier maßgebend gewesen[305]). Die gesammte Leitung des Verfahrens, — das Verhör des Angeklagten[306]) und die Befragung der Zeugen und Sachverständigen, — die Entscheidung über Zwischenanträge, — das Resumé, — die Fragstellung sind ihm übertragen. Die Befugnisse der discretionären Gewalt[307]), insbesondre das Recht, nicht vorgeladene Zeugen, da nöthig, sofort zu ihrer Befragung in die Sitzung vorladen zu lassen[308]), sind von hoher Bedeutung. Die Gesetze machen dem Präsidenten die möglichste Erforschung der Wahrheit zur Pflicht und geben ihm hierdurch eine sehr umfassende Gewalt[309]). — Die einflußreiche Thätigkeit des Präsidenten entwickelt sich bereits in der Vorbereitung der Hauptverhandlung, wobei wir insbesondre auf das Verhör desselben mit dem Angeklagten und das Befugniß, Ergänzungen der Voruntersuchung zu veranlassen, hinweisen[310]). Die Art der Ernennung des Präsidenten und seines Stellvertreters[311]) ist daher nicht ohne Bedeutung. In der Regel wird der Präsident von dem Präsidium des Appellationsgerichtes des Kreises für jede Schwurgerichtsperiode ernannt. Diese Einrichtung besteht auch am Rheine. Dagegen ist durch das königl. preuß. G. v. 1852 Art. 52[312]) dem Justizminister[313]) die Ernennung der Vorsitzenden und zwar aus der

---

302) Ebenso ist die Anheftung vorgeschrieben z. B. in Kurhessen §. 322.

303) Dies ist beibehalten in Würtemberg Art. 163. Großherz. Hessen Art. 174. Thüringen Art. 289 und war früher auch in Oesterreich §. 332 vorgeschrieben.

304) Stemann, die Jury S. 349 flg. Höpfner, die Jury S. 245. Temme, teutsches Strafverf. S. 125 flg.

305) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. I, S. 17 flg. in Verb. mit Schlink ebd. S. 351 flg. und Jahrg. III, Bd. I, S. 28 flg. — Haynau, Blätter rc. S. 18 flg.

306) Vgl. Glaser, im Criminalarchiv 1851 S. 70 flg. Schäffer, Gerichtssaal 1853 Bd. I, S. 387 flg.

307) Ruppenthal, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 538 flg. Vgl. noch ebd. Jahrg. I, Bd. I, S. 36, 40. Jahrg. II, Bd. II, S. 125 flg.

308) Nichtigkeitsbeschwerde betr. die Ausübung derselben ist nicht zulässig. Vgl. auch Görtz, Sammlung S. 74.

309) Heintz, Gerichtss. Jahrg. III, Bd. I, S. 333 flg. — Ebd. Jahrg. II, Bd. II, S. 488 flg. Fertig, Sammlung rc. Erg. Heft S. 52.

310) Vgl. bes. Mittermaier, Gerichtssaal Jahrg. I, Bd. II, S. 391 flg.

311) Vgl. noch die Entscheidungen bei Lebret, die Strafrechtspflege Würtembergs Bd. II, S. 173 flg.

312) Vgl. noch die Entscheidungen des Cassationshofes zu Stuttgart bei Lebret a. a. O. Bd. II, S. 177 flg.

313) Vgl. hierüber die interess. Kammerverhandlungen in den Materialien rc. S. 490 flg. und Frantz, der preuß. Strafproceß S. 157 flg.

314) Auch das bayer. Recht (Gerichtsverf. G. v. 1848 Art. 18) überträgt

Zahl der in dem betreffenden Appellationsgerichtskreise angestellten Richter (nicht blos Mitglieder der Appellationsgerichte) dergestalt übertragen, daß die Ernennung auf ein Jahr erfolgt, dagegen die Auswahl der Vorsitzenden für die einzelnen Schwurgerichtsperioden dem Appellationsgerichtspräsidenten zusteht.

Die beisitzenden Richter werden in der Regel aus den Mitgliedern des Gerichtes erster Instanz, woselbst das Schwurgericht abgehalten wird, genommen[314]). Die Zahl derselben ist in Teutschland vier. Es ist nicht nöthig, obschon rathsam, daß in derselben Schwurgerichtsperiode ein Wechsel unter diesen Richtern vermieden werde, damit eine Einheit in den Maximen bei den einzelnen Verhandlungen erzielt wird[315]). Das Verhältniß der beisitzenden Richter zum Präsidenten ist noch ein Gegenstand der Erörterung[316]). Man läuft leicht Gefahr, entweder das Ansehen des Präsidenten, welchem die Leitung des Ganzen übertragen ist, zu schwächen oder die beisitzenden Richter zu bloßen Nullen herabzusetzen.

Der Untersuchungsrichter[317]) kann nicht in derselben Sache Mitglied des Schwurgerichtshofes sein. Ebenso sind die Mitglieder der Anklagekammer, welche den Verweisungsbeschluß erlassen haben, ausgeschlossen.

Es versteht sich von selbst, daß, so wenig die Geschwornenbank dergestalt während der Verhandlung ergänzt werden kann, daß ein zeither weder als Haupt- noch als Ersatzgeschworener einberufener und vereideter Wahlgeschworener eintreten darf, sondern vielmehr, wenn ein Hauptgeschworener durch Krankheit u. s. w. behindert ist, der Verhandlung länger beizuwohnen, auch ein Ersatzgeschworener nicht gleich anfänglich mit gewählt und vereidet worden ist, die Verhandlung vor einer neu zu bildenden Geschwornenbank wiederholt werden muß, so auch die fünf Richter und zwar dieselben fortwährend zugegen sein müssen[318]. Ist daher ein Ersatzrichter von Anfang an als solcher

---

die Ernennung des Vorsitzenden und seines Stellvertreters (des ersteren aus den OARäthen und ARäthen, des letzteren aus den Mitgliedern des betr. Kreis- und Stadtgerichtes) unbeschränkt dem Justizminister. — Ebenso das badische Gesetz §. 45. Der Präsident soll nur in wirklichen Nothfällen den Vorsitz seinem Stellvertreter überlassen. Fertig, Samml. S. 8. Vgl. noch die Entscheidungen bei Lebret Bd. II, S. 173 flg.

315) Vgl. die Zusammenstellung bei Würth, Commentar S. 92. Würtemberg hat jedoch die neue franz. Vorschrift adoptirt (§. 37).

316) Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 396.

317) Grimm, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. II, S. 257 flg.

318) Einzelne Gesetzgebungen dehnen dies auf jeden Richter aus, welcher eine Untersuchungshandlung vorgenommen hat. Vgl. Goltdammer, Archiv II, S. 90 flg. und dagegen bei Lebret a. a. O. S. 179.

319) Auch die Publication des Urtheiles ist noch als ein Act anzusehen, dem sämmtliche und dieselben Richter beiwohnen müssen. Vgl. Sitzungsberichte Bd. IV, S. 311. Fertig, Samml. Erg. Heft II, S. 20.

nicht zugezogen gewesen[319]), so ist im Falle, daß ein Richter bis zum Ende der Verhandlung auszuharren behindert ist, die ganze Verhandlung vor dem ergänzten Gerichtshofe zu wiederholen. In diesem Falle bedarf es jedoch natürlich einer Erneuerung der Geschwornenbank nicht.

Ueber die Vorlesung der Anklageschrift und die Entwickelung der Anklage durch den Staatsanwalt haben wir schon oben gesprochen. Man macht auch in Teutschland die Erfahrung[320]), daß in den Anklageschriften öfters in den Beweis in einer Weise eingegangen wird, daß dadurch der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bereits vorgegriffen wird[321]). Die Anklageacte soll kein Plaidoyer sein. Immer mehr drängt sich die Frage auf[322]), ob es überhaupt neben dem Verweisungserkenntnisse noch einer Anklageacte bedürfe[323]). Man möge dabei auch nicht übersehen, daß die Anklageacte, welche hauptsächlich den Belastungsbeweis vor Augen hat und sich lediglich auf die schriftliche Voruntersuchung stützt, den Geschworenen in das Berathungszimmer mitgegeben wird und daher die einseitige Darstellung leicht nachtheilig auf die Geschworenen einwirken kann. Eine solche Einwirkung ist auch rücksichtlich der Zeugen, welche während der Vorlesung noch im Saale gegenwärtig sind, zu befürchten[324]). Diese Nachtheile werden noch gewichtiger, wenn in die Anklageacte Zeugenaussagen aufgenommen werden, wo die Zeugen späterhin in der Hauptverhandlung nicht abgehört werden. Das Verbot des Vorlesens der Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung und des Mitgebens der Zeugenprotocolle in das Berathungszimmer der Jury werden dadurch umgangen[325]). Will man aber die Anklageacte vor ihrer Uebergabe noch einer Durchsicht und Controle des Anklagegerichtes unterwerfen, wie dies z. B. die thüringische Strafproceßordnung thut, so verrückt man dadurch die Stellung der Staatsanwaltschaft. Es ist daher die völlige

---

319) Vgl. den interessanten Fall bei Abegg, im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. I, S. 397 flg. Man hatte ein, zufällig unter den Zuhörern befindliches, Gerichtsmitglied (welches von Anfang an unter denselben zugegen gewesen) an die Stelle eines plötzlich erkrankten Richters berufen. Mit Recht cassirte das Obertribunal zu Berlin das Verfahren.

320) Vgl. z. B. Zentner (betr. Badens) in dem Mag. f. bad. Rechtspfl. Bd. I, S. 472 und Mittermaier (betr. Bayerns) im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. II, S. 214 flg.

321) Ueber die Nachtheile einer zu großen Ausdehnung der Anklageacte Archiv des Criminalrechtes 1852 S. 417 flg. Vgl. noch die Bestimmung in §. 35 des Schweizer BundesstrafP. G. v. 27. August 1851, welches die Aufnahme der Verdachtsgründe und die Einmischung von Rechtserörterungen ꝛc. verbietet. Vgl. dagegen die Züricher Zeitschrift Bd. XVIII, S. 252 flg.

322) Auch in Frankreich vgl. Gerichtsfaal 1853 Bd. I, S. 67.

323) Vgl. noch Glaser, im Criminalarchiv 1852 S. 252 flg.

324) Vgl. Sitzungsber. der bayer. Strafgerichte Bd. I, S. 387. Blätter für Rechtsanw. in Bayern Bd. XIV, Erg. Bl. S. 71. Motiven zu d. Entw. einer StrafPO. f. d. K. Sachsen S. 256. Gerichtssaal Jahrg. II, Bd. II, S. 471.

325) Vgl. jedoch die im Criminalarchiv 1852 S. 413 mitgetheilte Entscheidung des französischen Cassationshofes.

Abschaffung der besonderen Anklageschrift anzurathen[326]). Hiermit steht die mündliche Entwickelung der Anklage[327]) in Verbindung, die noch verderblicher wirkt und über die wir schon gesprochen haben. Die österreichische Strafproceßordnung von 1850 (§. 319) übertrug dieselbe dem Gerichtsvorsitzenden. Das bayerische Gesetz spricht (Art. 149) nur von kurzer Bezeichnung der Beweismittel zur Durchführung der Anklage und gewährt dem Angeklagten dasselbe Befugniß in Betreff der Vertheidigung, das würtembergische Gesetz spricht zwar (Art. 120) von Entwickelung des Gegenstandes der Anklage, jedoch unter Einräumung gleichen Rechtes für den Vertheidiger. Hiermit in Verbindung steht das Verbot frühzeitiger Veröffentlichung der Anklageschrift und des Verweisungsurthels durch die Presse, welches auf der richtigen Erwägung beruht, daß durch dieselbe leicht Voreingenommenheit im Publikum, insbesondre also auch bei den Geschworenen, erzeugt und nachtheilig auf die Unbefangenheit und Selbstständigkeit der Zeugen eingewirkt werden könne[328]). —

Eine schwierige, wohl selbst unauflösliche Aufgabe haben sich die Gesetzgebungen mit der Trennung der That- und Rechtsfrage gesetzt[329]). Wir zollen den Gründen für eine solche Trennung volle Anerkennung, allein alle Versuche, sie praktisch auszuführen, sind nicht gelungen. Einen Theil der Schuld tragen unsere, zumeist für Rechtsprechung mit Geschworenen nicht berechneten Gesetzbücher[330]). Allein die Hauptursache liegt in der Natur des Experimentes selbst, weil die Trennung unausführbar ist und selbst wenn sie ausführbar wäre, eine empfindliche Lücke offen lassen würde, indem, wie bereits bemerkt, die Thatfrage die Schuldfrage nicht erschöpft. Das Schuldig der Jury umfaßt mehr wie die Ueberführung betreffs der einzelnen Thatsachen[331]). Man trägt kein Bedenken, in der Bejahung der Schuldfrage auch die Bejahung der Zurechnungsfähigkeit zu finden[332]) und auszusprechen[332a]),

326) Vgl. noch Arnold, im Gerichtssaale 1854 Bd. I, S. 211. Bd. II, S. 51.

327) Man hat die Benutzung selbst solcher Zeugen bei derselben zugelassen, welche ihr Erscheinen in der Hauptversammlung, kraft gesetzlichen Befugnisses, abgelehnt hatten (Sitzungsberichte Bd. II, S. 219).

328) Vgl. das franz. G. v. 27. Juli 1849 Art. 10. Kgl. Preuß. Justizministerialblatt 1852 S. 203 flg. Mittermaier, hannöv. Gerichtsztg. I, S. 58 flg. Gerichtssaal 1852 Bd. II, S. 216. Vgl. auch §. 24 des neuen Bundespreßgesetzes.

329) Vgl. noch Dernburg, Werth der Schwurg. S. 109. Wahlberg, im Gerichtssaale 1851 Bd. II, S. 347 flg. Leue, motiv. Entwurf S. 283 flg. Kräwel, im Criminalarchiv 1854 S. 430 flg.

330) Vgl. noch Mittermaier, über die Umgestaltung der Strafgesetzbücher mit Rücksicht auf Schwurgerichte, im Criminalarchiv 1850 S. 331 flg. und in seinem Werke über Mündlichkeit ꝛc. S. 379.

331) In Malta lautet die Antwort: bewiesen oder nicht bewiesen. Mittermaier, im Gerichtssaale 1852 Bd. I, S. 37.

332) S. unten.

332a) Obertribunal zu Berlin bei Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 232.

daß die Verneinung der Thatfrage nicht gerade auf der Negation der in der Frage enthaltenen Thatsachen, sondern auch auf subjectiven Gründen beruhen könne. Man sieht in dem Schuldig eine Bejahung der verbrecherischen, in dem Gesetze vorausgesetzten Absicht und in der Bejahung der Frage wegen Versuches die Annahme, daß das gewählte Mittel ein taugliches gewesen [333]). Ja, man erblickt in dem Schuldig selbst die Entscheidung darüber, ob der Angeklagte als Inländer zu betrachten und dem inländischen Gesetze unterworfen sei [334]), sowie daß er das zur Zurechnung erforderliche und im Gesetze bestimmte Alter erreicht habe [335]).

Die Berichte aus allen Ländern hallen von Beschwerden über die unüberwindlichen Schwierigkeiten dieser Trennungsversuche wieder und weisen eine Menge der wichtigsten Controversen nach [336]). Es hat insbesondre die Auflösung der complexen Fragen in ihre einzelnen factischen Bestandtheile, welche z. B. die kurhessische Gesetzgebung vorschreibt, vielfache Schwierigkeiten und die Gefahr von sich widerstrebenden Verdicten der Jury erzeugt. Man übersieht dabei auch, daß möglicherweise Thatsachen in die Frage nicht mit aufgenommen werden, welche in der Verhandlung vorgekommen, jedoch für unerheblich erachtet werden, während die Jury sie nicht blos für bewiesen, sondern auch für erheblich erachtet und das Verdict gerade auf dieselben gestützt haben würde [337]). Eigenthümlich, aber consequent ist die Weigerung eines Geschworenen, die Diebstahlsfrage, in welcher die Worte „rechtswidrig" und „zueignen" enthalten gewesen, zu beantworten, weil dies Rechtsbegriffe seien [338]). In jenen Berichten lesen wir eine Menge von Fragen, welche nicht nur keine reinen Thatsachen enthalten, sondern

333) Goltdammer a. a. O. Bd. II, S. 404.

334) Hannöv. Mag. Bd. III, S. 346.

335) Entscheidung des Cassationsgerichtshofes zu Paris (Criminalarchiv 1854 S. 495 flg.).

336) Vgl. bes. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 537, 584, 590, 690. Bd. II, S. 91 flg., 237 flg., 402, 528 flg. Burchardi, über Fragstellung ebd. Bd. I, S. 583 flg. Stemann, über Fragstellung ebd. Bd. II, S. 167 flg. und im Criminalarchiv 1852 S. 524 flg. Kräwel, im Criminalarchiv 1854 S. 404 flg. Hannöv. Mag. Bd. I, S. 344 flg. — Vielfache Belege finden sich auch in der österr. Gerichtsztg. 1851, in den Blättern für Rechtsanw. in Bayern und in den Sitzungsber. der bayer. Strafgerichte. — Vgl. ferner die obenangez. Mittermaier'schen Berichte und Wahlberg, im Gerichtssaale Jahrg. 1851 Bd. II, S. 343 flg. Ebd. 1852 Bd. I, S. 36 flg. Zachariä, das öffentl.-mündl. Verf. mit Geschw. in Hannover S. 53. Lippert, theor. prakt. Anweisung rc. S. 309 flg. Scheurl a. a. O. S. 108 flg.

337) Vgl. über diesen Fall Kräwel a. a. O. S. 431 flg., 438.

338) Kräwel a. a. O. S. 433. — Das OAGericht zu München hat den Begriff „entwendet" für allgemein verständlich erachtet, indem unzweifelhaft hiermit rechtswidrige eigenmächtige Zueignung einer fremden Sache gemeint sei. (Fertig, Sammlung rc. Heft 3, S. 16).

6*

selbst civilrechtliche[339]) und staatsrechtliche Momente zu ihrer Entscheidung erfordern und bei denen eine Auflösung in die concreten thatsächlichen Momente ziemlich unmöglich gewesen wäre. Das einfache Factum kann zugestanden oder bewiesen, aber das Thatsächliche immer noch nicht hergestellt sein[340]). So z. B. die Verwundung in der Absicht zu tödten und der Tod, — nicht aber der Causalzusammenhang. Es können in diesem Falle wichtige medicinische Bedenken, z. B. bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung des Verwundeten vorkommen. Es kann der Thatbestand der Unterschlagung bis auf das Moment der gewinnsüchtigen Absicht (bei voller Klarheit des Factischen sowohl als der Absicht des Beschuldigten), — der Thatbestand des Kindermordes bis auf die Frage, ob das Kind als neugeboren zu betrachten sei (wo das Gesetz nicht bestimmte Termine angiebt), festgestellt sein.

Die preußische Gesetzgebung verbietet die Theilung der Hauptfrage[340a]) und schreibt vor, daß die Hauptfrage den Thatbestand der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung in ihrer einfachen Gestalt umfasse[341]). Hierdurch wird jedoch das Befugniß der Geschworenen nicht ausgeschlossen, die gestellte Frage theilweise zu bejahen, theilweise zu verneinen[342]). Mit diesem Befugnisse kehren die meisten Schwierigkeiten zurück. Die Theilung durch die Jury ist ebenso bedenklich als die durch das Gericht und gestattet gleichfalls Transactionen mancher Art sowie sie Inconvenienzen und Schwierigkeiten erzeugt, welche oft zu unerquicklichen Discussionen über die Uebereinstimmung der einzelnen Theile des Verdictes u. s. w. führen. Will man andererseits der Jury diese Trennung nicht gestatten, so nöthigt man sie zu ungerechtfertigten Verurtheilungen und Lossprechungen und gewährt ihr zugleich ein Mittel, sich mit der Unmöglichkeit der Trennung gegen Vorwürfe ungerechter Verdicte zu schützen. Auch in Bayern (Art. 173) wird nur eine Hauptfrage gestellt, jedoch dahin, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bilde, schuldig gemacht habe[343]). Hierbei sollen alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen[344]),

339) Bei Bigamie, Incest ꝛc. eherechtliche Fragen, — bei Bankrutt, handelsrechtliche u. s. w.

340) Dernburg S. 104 flg.

340a) Vgl. die angez. Abh. Burchardi's, Kräwell's u. Stemann's sowie die Entscheid. in Goltdammer's Archiv. Vgl. noch Justizministerialbl. 1853 S. 427.

341) Das Obertribunal erachtet den Zusatz für unzulässig, ob der Angeklagte dadurch das näher bezeichnete Verbrechen begangen habe (Justizministerialblatt v. J. 1854 S. 15). — Vgl. noch über die preuß. Vorschrift die interess. Verh. in der II. Kammer zu Berlin (Materialien ꝛc. S. 591 flg.).

342) Vergl. die Entscheidungen in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 405.

343) Vgl. Scheurl, Erl. Anmerk. z. d. bayer. G. S. 102 flg. u. Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 23 flg. Arnold ebd. 1855 Bd. I, S. 147.

344) Vgl. hierüber Zeitschr. f. d. Gesetzg. ꝛc. Bayerns Bd. I, S. 56. Petersen, Gerichtssaal Jahrg. I, Bd. II, S. 42 flg.

wie solche in der Anklageschrift enthalten sind oder sich bei der Verhandlung herausgestellt haben, in die Frage mit aufgenommen werden. Die hannöversche Strafproceßordnung (§. 188) bestimmt, daß die Hauptfrage dahin zu richten sei, ob der Angeklagte der ihm zur Last gelegten That schuldig sei und daß hierbei diejenigen Merkmale des Verbrechens, welche einen Rechtsbegriff enthalten, thunlichst auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückgeführt werden[345]). Nach dem badischen Gesetze §. 96 dagegen sollen sich die Fragen über die strafbare That mit ihren Erschwerungs- und Milderungsgründen u. s. w. erstrecken. Das würtembergische Gesetz §. 154 schreibt allgemein vor, daß die Hauptfrage dahin gerichtet werde, ob sich der Angeklagte der That, welche den Gegenstand der Anklage bildet, mit den Umständen, wie dieselben in den Schlußworten des Anklageactes zusammengefaßt sind, schuldig gemacht habe? [346]) — Besondere Aufmerksamkeit verdient die Vorschrift des braunschweigischen Gesetzes §. 140 [347]), welches bestimmt, daß die Hauptfrage dahin gehen solle, ob der Angeklagte schuldig sei? wobei das Verbrechen nach seinen gesetzlichen Merkmalen (unter Hinzufügung des Ortes und der Zeit der Begehung [348])) anzugeben und die Geschworenen, wenn sie sich über die Frage nicht einigen können, befugt sind, den Thatbestand des in Frage befangenen Verbrechens in dessen Bestandtheile vom Gerichtshofe auflösen zu lassen und über die hierdurch gebildete Reihe von Einzelfragen specielle Wahrsprüche zu ertheilen. — Die thüringische Strafproceßordnung Art. 287 [349]) bestimmt, daß die Hauptfrage, welche mit den Worten: Ist der Angeklagte schuldig, beginnen soll, die thatsächlichen Bestandtheile des den Gegenstand der Anklage bildenden Verbrechens enthalten solle. Es ist ihnen jedoch die Theilung der Frage gestattet; nicht minder können sie, wenn sie glauben, daß einzelne in der Frage enthaltene Umstände sich ganz anders verhalten, statt bloßer Verneinung der Frage, dieselbe unter Beifügung der sich anders verhaltenden Umstände bejahen. Endlich ist ihnen auch die Abgabe eines Specialverdictes gestattet. — Man gelangt immer mehr zu der Ueberzeugung, daß, wenn man die Jury einmal einführen will, man auch ihr eine Stellung anweise, welche ihr die gehörige Wirksamkeit sichere und nicht

---

345) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. VI, Bd. I, S. 4 flg. sowie Leonhardt, in d. Mag. f. hannöv. R. Bd. I, S. 344 flg. u. Martin ebd. Bd. II, S. 141. Vgl. noch Zachariä, d. öffentl.-mündl. Verfahren mit Geschworenen in Hannover Heft I, S. 52 flg.

346) Vgl. Holzinger, die Schwurgerichte Würtembergs S. 245 flg. Lebret, die Strafrechtspflege Würtemb. Bd. II, S. 210 flg.

347) Degener, Comment. S. 82. Auch hier hat die braunschw. StrafPO. sich mehr dem englischen Muster genähert.

348) Ueber eine solche Bestimmung vgl. Daniels, Grundsätze S. 191, Anm. 1. Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 803 und insbesondre Kräwel a. a. O. S. 436 flg.

349) Ueber die frühere österr. StrafPO. bes. Würth, in s. Commentar S. 537 flg. u. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 211 flg.

diese durch ängstliche, oft in's Minutiöse übergehende und an's Lächerliche anstreifende Beschränkungen beeinträchtige [350]). Eine vollständige Zurückführung der vorkommenden Rechtsbegriffe auf thatsächliche Momente ist nicht zu ermöglichen und die diesfallsigen Versuche erschweren die Rechtsprechung, statt sie zu erleichtern [351]). Wir brauchen hier nur an die Fragen über Versuch [352]), die verschiedenen Arten der Theilnahme [353]), an die Verbrechen der Urkundenfälschung [354]), der Brandstiftung, fortgesetztes Verbrechen [355]) u. s. w. zu erinnern. Von Wichtigkeit würde bei einer Adoption der englischen Einrichtung (mit ihren neuesten Verbesserungen durch die Campbell'sche Bill und der Modification des braunschweigischen Gesetzes — s. oben —) auch das, von der braunschweigischen Gesetzgebung angenommene Specialverdict [356]) sein, welches, unter diesen Nothbehelfen (denn als solcher erscheint auch das Specialverdict), noch die meiste Billigung verdient.

Von Bedeutung sind auch die vielfachen Zweifel der Praxis über die Natur und Richtung der Nebenfragen, unter denen die eventuellen Fragen (wohl zu unterscheiden von den alternativen) besonders hervorzuheben sind. Auch hier gewähren die Mittheilungen in Goltdammer's Archiv und die Mittermaier'schen Berichte eine interessante Ausbeute.

Nach den angeführten Gesetzen Teutschlands kann man als die vorherrschende Ansicht annehmen, daß zwei Arten Fragen: die Hauptfrage und die Zusatzfragen, zu unterscheiden sind. In die Hauptfrage ist die Hauptthat selbst aufzunehmen [357]) und unter dieser nicht nur

350) Es beschleicht jeden aufmerksamen Beobachter ein eigenthümliches Gefühl, wenn er sieht, mit welcher Peinlichkeit man alle Rechtsbegriffe zu entfernen sucht, ohne doch zu dem gewünschten Ziele zu gelangen.

351) Auch solche Begriffe wie Gewalt, Nachschlüssel, Einsteigen, Nachtzeit, bewohntes Gebäude, Waffen rc. sind, trotz ihrer Einfachheit, doch nur in dem Sinne aufzufassen, wie sie eben das Strafgesetz auffaßt. Eine Zurückführung auf factische Momente ist hier unpassend und doch die Auffassung möglicherweise verschieden. Ebenso bei dem Begriffe eines Wechsels, gewinnsüchtiger Absicht rc.

352) Vgl. Stemann in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 173 in Verb. mit Burchardi ebd. Bd. I, S. 606 flg. Ebend. Bd. III, S. 107, 119.

353) Die Fälle in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 182 flg. Bd. III, S. 108 flg., vgl. auch Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 231.

354) Vgl. insbes. Mittermaier, Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. I, S. 23. Jahrg. VI, Bd. II, S. 250 flg. Reichmann ebd. Jahrg. V, Bd. II, S. 346. Preuß. Kammerverh. in den Materialien rc. S. 104 flg. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 209 flg. Bd. II, S. 259 flg. In welche eigenthümliche Schwierigkeiten man bei der Auflösung des Begriffes Urkunde geräth, zeigt auch der Fall bei Goltdammer Bd. II, S. 241.

355) Leonhardt, im Mag. für hannöv. Recht Bd. I, S. 362 flg. Ebd. Bd. II, S. 34, 139. Goltdammer, Archiv Bd. III, S. 112 flg.

356) Biener, Archiv des Criminalr. 1849 S. 74, 88. Abegg, über den preuß. Entwurf S. 163. Vgl. noch die StrafPO. für Thüringen Art. 292 und das StrafPG. Braunschweigs §. 140 (s. oben).

357) Bei mehreren Complicen ist gegen jeden Angeklagten selbstständig die Hauptfrage zu formuliren und daher in dieselbe der gesammte Thatbestand der

das einfache Verbrechen (z. B. Diebstahl), sondern auch jeder Thatumstand mitbegriffen, durch welchen zwar die Handlung eine schwerere Qualification erhält, jedoch hierdurch ihren ursprünglichen Charakter nicht verliert (z. B. Einbruch, Einsteigen). Diese Vorschrift ist jedoch nur in den Gesetzgebungen eine unbedingt bindende, woselbst ausdrücklich bestimmt ist, daß die Hauptfrage auf das Verbrechen mit den in der Anklage hervorgehobenen besonderen Umständen gerichtet werden solle. Nach den übrigen Gesetzgebungen ist es z. B. nachgelassen, die Hauptfrage auf den Diebstahl und die Nebenfrage auf das Einsteigen oder auf das Bewohntsein des Gebäudes zu richten. Es wird durch eine solche Trennung in complicirten oder zweifelhaften Fällen die Uebersicht für die Jury erleichtert, ohne daß diese zu dem Auskunftsmittel der Trennung der Frage zu greifen genöthigt ist, wodurch zugleich die Gefahr einer sich widersprechenden oder sonst unpassenden Trennung vermieden wird [358]). Bei den erstgedachten Gesetzgebungen würden dagegen nur die erschwerenden Umstände von der Hauptfrage auszunehmen sein, welche nicht in der Anklage begriffen, sondern erst bei der Verhandlung eingetreten sind. Allgemeine Vorschrift ist ferner, daß die Frage so gefaßt werden soll, daß sie, vorbehältlich des Befugnisses der Theilung, mit Ja oder Nein beantwortet werden kann. Die Auflösung in die einzelnen factischen Momente muß nach Anleitung des Strafgesetzes erfolgen und es läßt sich wohl behaupten, daß die Auflösung nicht über die in der gesetzlichen Definition gebrauchten Begriffe hinausgehen solle und auf sie sich beschränken müsse [359]). Wollte man eine noch weiter gehende Auflösung zulassen, so würde man in Willkürlichkeiten gerathen und jedes Anhaltes verlustig werden [360]). Hierbei zeigt sich die Nothwendigkeit einfacher und verständlicher Strafvorschriften, an denen es immer noch in den meisten Gesetzbüchern fehlt. Die Erfahrung hat gelehrt, wie gerade dieser Mangel störend und nachtheilig auf die Fragstellung und auf die Verdicte der Jury einwirkt und das Ungenügende manches Verdictes lediglich diesem Mangel zuzuschreiben ist. Die doctrinären Bestimmungen und Unterscheidungen in dem allgemeinen Theile unserer

---

Handlung bei jedem der Angeklagten aufzunehmen. Vgl. Entsch. d. OAGerichtes zu München (Fertig, Samml. Erg. Heft I, S. 116) u. des Obertrib. zu Berlin (Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 182 flg.).

358) Vgl. z. B. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 94 flg.

359) Burchardi a. a. O. S. 593.

360) So hat z. B. das Obertr. zu Berlin den Begriff „bewohntes Gebäude" für einen Rechtsbegriff erklärt (Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 529), dagegen ein Urthel, wo ein Diebstahl „aus einer verschlossenen Marktbude und zwar in einem verschlossenen Raume" für ausgezeichnet erklärt wurde, insoweit vernichtet, als durch das Verdict nicht festgestellt sei, daß die Marktbude ein Gebäude oder ein umschlossener Raum gewesen sei (ibid. S. 533). Das OAGericht zu München hat dagegen die Begriffe „bewohntes Gebäude" „nächtlicher Weile" für allgemein verständliche erklärt, betreffs deren eine Ungewißheit bei den Geschworenen nicht bestehen könne. (Fertig, Sammlung &c. Heft 3, S. 15.)

Gesetzbücher passen offenbar für die Jury nicht. Eine ausführlichere Auflösung sowie überhaupt die Aufnahme von Umständen in die Frage, welche nicht durch die Vorschrift des Strafgesetzes selbst geboten ist, ist ferner auch deshalb gefährlich, weil der Geschworene durch den Werth, welchen er solchen Nebenumständen fälschlich beilegt, zu einem unrichtigen Ausspruche verleitet werden kann. Die Individualisirung des Falles wird hierdurch nicht erschwert, wenn nur der Richter durch die Fassung der Frage für die scharfe Hervorhebung der, den Thatbestand des Verbrechens bildenden Momente (éléments constitutifs) besorgt ist. Es läßt sich jedoch nicht in Abrede stellen, daß nach der Fassung der meisten Proceßgesetze eine noch weiter gehende Auflösung begünstigt, ja selbst vorgeschrieben ist. Es sollen Rechtsbegriffe, welche nicht eine allgemein anerkannte und in dem gegebenen Falle unbestrittene Bedeutung haben[361]), durch solche gleichbedeutende Ausdrücke ersetzt werden, zu deren Verständniß Rechtskenntnisse nicht erforderlich sind[362]). Hierüber wird der Gerichtshof entscheiden und zunächst der Vorsitzende. Die Gleichförmigkeit ist also thatsächlich ausgeschlossen. Was heute für einen unbekannten Rechtsbegriff gilt, ist es in der nächsten Assise nicht mehr, wenigstens nach der Ansicht des Gerichtes. Dabei ist noch zu gedenken, daß die im einzelnen Falle vorhandene thatsächliche Gestaltung und deren Auffassung durch das Gericht nicht selten darüber, ob ein Rechtsbegriff verständlich und leicht anwendbar sei oder nicht, maßgebend sein wird. So hat auch das Obertribunal zu Berlin wiederholt Nichtigkeitsbeschwerden, welche auf die Aufnahme von Rechtsbegriffen in die Frage

---

361) Ob aber die Jury über einen solchen Begriff zweifelhaft sein könne, wird lediglich von dem Gerichte entschieden. Eine Befragung der Jury hierüber findet ohnedem nicht statt. Es ist sonach ein ziemlich willkürliches Ermessen des Gerichtes.

362) Vgl. insbes. Stemann in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 171. Gerade z. B. das von ihm gewählte Beispiel — der Begriff der Urkunde — hat zu vielfachen Zweifeln Anlaß gegeben, ob der Begriff noch weiter ohne Nachtheil und Inconsequenz aufgelöst werden könne. Dasselbe gilt von dem Begriffe des Versuches. Es wird der Jury das Befugniß nicht entzogen werden können, zu entscheiden, ob die betreffenden Handlungen den Anfang der Ausführung enthalten. — Wir sind jedoch damit einverstanden, daß die Frage dahin gestellt werde, ob der Angeklagte schuldig sei, das und dieses verübt, dadurch aber Handlungen begangen zu haben, welche einen Anfang des Verbrechens enthielten rc.? Denn diese Fragstellung enthält die gesetzliche Definition und die Unterstellung der Thatsachen unter die letztere. Das Gesetz schreibt gerade bei dem Versuche keine absolute Subsumtion einzelner Thatsachen vor, sondern begnügt sich mit einer allgemeinen Charakterisirung derselben, ohne dem einzelnen Falle vorzugreifen. — Ebenso bei den verschiedenen Graden der Theilnahme. Auch hier wird neben der Angabe der thatsächlichen Momente die Frage auf die, mit den Worten des Gesetzes zu normirende besondere Absicht zu richten sein. Die Absicht gehört mit zur Thatfrage, da das Gesetz nicht einzelne Handlungen absolut als solche bezeichnet, welche den oder jenen Grad der Theilnahme bilden. — Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 44 flg., 539. Burchardi ebd. S. 590 flg.

gestützt waren, zurückgewiesen, weil sie in dem gegebenen Falle eine unbestrittene Bedeutung gehabt hätten. Es ist nicht zu verkennen, daß der Cassationshof hierdurch in eine ihm grundsätzlich entzogene Prüfung der factischen Sachlage im einzelnen Falle eintritt[363]). Eine vollständige Auflösung ist insbesondre auch bei Begriffen, wie „wissentlich", „absichtlich", die doch recht eigentlich Rechtsbegriffe sind, nicht möglich. Ebenso giebt häufig die Antwort der Geschworenen, wenn sie keine unbedingte ist, infolge der Häufung von solchen Auflösungen zu Zweifeln über ihren Sinn und hierdurch wieder zu mehr oder weniger willkürlichen und schwankenden Erklärungen sowie zu Einwendungen in Betreff ihrer Vollständigkeit Veranlassung[364]). Ohnedem ist keine Nothwendigkeit vorhanden, die Thatsachen selbst, in denen das Verbrechen besteht, stets speciell aufzuführen, wenn die Bezugnahme und der Charakter derselben zweifellos ist[365]). Ueber die Fragstellung bei mehreren Complicen s. oben. Dagegen hat das Oberappellationsgericht zu München entschieden[366]), daß bei der Frage wegen Complotts eine bestimmte Bezeichnung, worin die Theilnahme an der fraglichen Handlung bestand, umsoweniger nothwendig sei, als in einem Falle allerdings die Ueberzeugung bestehen könne, daß ein Complottant bei Verübung des Verbrechens mitgewirkt habe, ohne daß die Art seiner Mitwirkung sich besonders nachweisen lasse. Hier findet also eine Reduction auf das Thatsächliche gar nicht statt. Andererseits könnte zuletzt beinahe jeder Begriff zum Rechtsbegriffe gestempelt und dadurch die Jury wesentlich in ihrer Competenz beschränkt werden. Unpassend würde es z. B. da, wo von dem Betrage des Entwendeten der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen abhängig gemacht ist, sein, die Frage darauf zu richten, ob ein Verbrechen oder ein Vergehen vorliege. Viel-

363) Der neue preuß. Entwurf von 1851 sagt §. 363: Die Fragen sind, soweit es geschehen kann, unter Vermeidung solcher Rechtsbegriffe, welche nicht eine allgemein bekannte oder in dem gegebenen Falle unbestrittene Bedeutung haben, so zu fassen, daß sie von Männern, welche des Rechtes nicht kundig sind, mit Sicherheit beantwortet werden können. — M. vgl. noch den intereff. Erlaß des kgl. preuß. Justizministers in Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 217 (Nr. XIV) und die Entscheidungen des Obertrib. ebd. S. 539. Bd. II, S. 97.

364) Man liest öfters in Erkenntnissen der Cassationshöfe Wendungen, wie z. B. es lasse sich die Antwort der Jury auch in folgender Maße erklären ꝛc.

365) Z. B. beim Meineide, wo es genügt, daß die Frage allgemein darauf gerichtet wird: ob der Angeklagte schuldig sei, in der ꝛc. Sache wissentlich ein falsches Zeugniß mit einem Eide bekräftigt zu haben? — Vgl. noch Goltdammer Bd. I, S. 214, 545. Bd. II, S. 534. Bd. III, S. 106 u. Gerichtssaal Jahrg. III, Bd. I, S. 429. In dem letzteren Falle wurde auch (unter späterer Billigung des Cassationshofes zu Darmstadt) an die Geschworenen die Frage gerichtet, ob der Angeklagte über Thatsachen als Zeuge befragt worden, über welche er nur als Angeklagter zu vernehmen gewesen.

366) Fertig, Sammlung Heft 3, S. 16. — Ueber die Frage, ob das Mittel der Anstiftung genau anzugeben sei? Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 118 flg.

mehr ist die Summe des Entwendeten in die Hauptfrage (nach Befinden auch besonders in eine Nebenfrage) aufzunehmen[366a]).

Die alternative Fassung der Hauptfrage ist häufig für unzulässig erachtet worden[367]). Wohl mit Unrecht[368]). Es kann der Fall sich so gestalten, daß es ungewiß, ob diese oder jene Thatsache stattgefunden hat, jede der beiden Thatsachen aber, im Falle ihrer Bejahung, zu demselben strafrechtlichen Ergebnisse führt[369]). Ist es gewiß, daß eine von beiden Thatsachen stattgefunden hat, aber man weiß nicht welche, so würde die Jury bei einer Trennung der alternativen Frage in zwei gesonderte Fragen beide verneinen und dadurch ein unwahres Verdict abgeben. Z. B. wenn es gewiß ist, daß der Dieb durch nächtliches Einsteigen oder durch Nachschlüssel sich den Zugang in das Haus verschafft hat, da eine andere Art des Einganges, der Sachlage nach, nicht wohl denkbar ist, jeder dieser Umstände aber den Diebstahl gesetzlich erschwert. Immerhin wird jedoch der Gebrauch alternativer Fragen nur ausnahmsweise gestattet sein[370]). Auf keinen Fall ist z. B. zulässig, eines der von dem Gesetze anerkannten Mittel zum Verbrechen speciell anzuführen und daneben eine allgemeine Clausel beizufügen, z. B. durch Einbruch oder auf andere, den Diebstahl auszeichnende Weise gestohlen, — durch Ueberredung oder durch andere Mittel verleitet[371]), — durch Verbergung des Thäters oder auf andere Weise das Verbrechen begünstigt zu haben.

Die Nebenfragen dienen, wie oben bereits bemerkt[372]), hauptsächlich dazu, einzelne Thatumstände, welche auch in die Hauptfrage als Theile des Thatbestandes aufgenommen werden konnten, insbesondre die die That begleitenden und ihren strafrechtlichen Charakter näher bestimmenden Umstände schärfer hervorzuheben[373]). Es kann hierdurch

---

366a) Fertig, Sammlung S. 69. — In keinem Falle ist es, dafern nicht Zweifel betreffs einzelner Gegenstände obwalten, nöthig, jede einzelne entwendete Sache nebst dem speciellen Werthe aufzunehmen. Fertig, Sammlung Heft 3, S. 16.

367) Würth, Commentar z. öster. StrafPO. S. 560. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 228, 407 flg. Bd. II, S. 229. Jahrg. III, Bd. II, S. 156. Arnold, im Gerichtss. 1855 Bd. I, S. 216 flg.

368) Vgl. Stemann a. a. O. S. 174. Martin, hannöv. Mag. Bd. II, S. 114. Vgl. jedoch auch Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 203 flg.

369) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 203, 364, 548. Bd. II, S. 668. Fertig, Sammlung von Ministerialentschließungen rc. in Bayern (Heft I) S. 70 flg.

370) Vgl. die Einwendungen Arnold's a. a. O. gegen alternative Fragen.

371) Vgl. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 73, 203 flg. — S. 364 flg., 537.

372) Vgl. noch Arnold a. a. O. S. 218 flg. Würth a. a. O. S. 561 flg.

373) Zur Beantwortung der Frage über die Folgen der Handlung wird die Bildung von Nebenfragen häufig benutzt; z. B. die Nebenfrage bei der Brandstiftung: Ist durch das angezündete Feuer das Wohnhaus eingeäschert worden? — Sie nimmt hierdurch von selbst den Charakter einer eventuellen

die leichtere Auffassung der Sache, bei verwickelten Fällen, vermittelt werden. Von selbst versteht sich jedoch dabei, daß es fehlerhaft sein würde, die Hauptfrage in einzelne, selbstständig nicht bestehende Theile zu zersplittern und in solche Nebenfragen aufzunehmen. Dies hat auch die preußische Gesetzgebung und Spruchpraxis anerkannt[374]). Werden solche Umstände in die Hauptfrage aufgenommen, so kann sich die Jury, soweit nöthig, mit theilweiser Verneinung der Frage behelfen. Besonders dienen die Nebenfragen noch dazu, die durch das Gesetz als besondere Straferhöhungs- oder Strafherabsetzungsgründe anerkannten Thatsachen[375]) festzustellen. Die Aufnahme solcher Thatsachen in die Hauptfrage ist selbstverständlich nicht zu gestatten[376]). Das königl. preußische Gesetz schreibt §. 80 vor, daß einem auf Stellung solcher Frage gerichteten Antrage, bei Strafe der Nichtigkeit, gefügt werden solle. Ebenso das großh. hessische Gesetz Art. 171. Eine eigenthümliche Praxis hat sich hierunter in Bayern gebildet, indem das OAGericht zu München den Assisenrichtern ausschließlich das Befugniß zur Stellung solcher Fragen vindicirt, indem diese allein ermessen könnten, ob die Verhandlung eine factische Unterlage zur Fragstellung dargeboten habe[377]). Diese Ansicht hat lebhaften Widerspruch erfahren und ist offenbar höchst bedenklich. Durch sie wird dem Gerichtshofe eine Prüfung der Ergebnisse des Beweises übertragen, welche lediglich der Jury gebührt. Sobald der Vertheidiger oder die Staatsanwaltschaft die Stellung der Zusatzfrage begehrt und diese nur überhaupt sowohl formell zulässig ist, als auch auf eine bestimmte, im Gesetze anerkannte Thatsache gestützt wird[378]), kann die Stellung der Frage an die zur Entscheidung über

---

Frage, jedoch nicht in sensu technico, an. Sie erledigt sich nämlich durch die Verneinung und steht und fällt daher mit der Hauptfrage. Die eigentlich sog. eventuelle Frage erledigt sich dagegen durch die Bejahung der Hauptfrage und wird durch letztere ausgeschlossen.

374) Vgl. noch Mittermaier, im Gerichtss. 1852 Bd. I, S. 218, 226.

375) Z. B. die vorausgegangene Beleidigung bei dem Todtschlage Fertig II, S. 26. Die Aufnahme in die Hauptfrage würde es zweifelhaft machen, ob das Ja oder Nein auf die That selbst oder nur auf diesen Milderungsgrund sich bezogen. — Vgl. noch Zeitschr. f. Gesetzg. rc. Bayerns Bd. I, S. 366, 381.

376) Das Obertribunal zu Berlin hat cassirt, wenn eine, einen Strafausschließungsgrund betreffende Thatsache in die Hauptfrage mit aufgenommen worden. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 238, 254 flg., 807. Bd. III, S. 56. In dem hier erörterten Falle — Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren — gehört jedoch die Wissenschaft des Thäters von diesem Alter des Kindes zum Thatbestande, — nicht aber ist der Irrthum ein Strafausschließungsgrund. Vgl. noch Gerichtss. 1854 Bd. II, S. 11 flg. Schwarze, Thüring. Bl. f. Rechtspfl. 1855 S. 211 flg.

377) Blätter f. Rechtsanw. 1854 S. 1 flg. 1855 S. 1 flg., 17 flg. Hänle, im Gerichtssaale 1854 Bd. II, S. 32 flg. Fertig a. a. O. S. 71. Vgl. noch den Fall im Gerichtssaale a. a. O. S. 235 flg.

378) Der Präsident prüft daher die rechtliche Erheblichkeit der fraglichen, als Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgrund bezeichneten Thatsache und diese Entscheidung ist dem Cassationsrecurse selbstverständlich unterworfen, wogegen die factische Erheblichkeit (die Beweisfrage) zur Schuldfrage und zur Competenz der Jury gehört.

die Schuldfrage in ihrem ganzen Umfange allein competente Jury nicht abgelehnt werden[379]). Ein besonderer Zweifel ist darüber entstanden[380]), ob die Frage wegen der Zurechnungsfähigkeit schon durch die Hauptfrage mit getroffen werde oder in eine besondere Frage aufzunehmen sei? Es fragt sich dabei, ob die Frage allgemein zu stellen oder speciell auf solche Momente, welche die Zurechnung aufheben, zu richten sei, wobei letzteren Falles anzuerkennen sein wird, daß das Strafgesetz nicht alle denkbaren Fälle umfaßt[380a]). Man hat zumeist in der Bejahung des Schuldig zugleich die Annahme der Zurechnungsfähigkeit gefunden, es jedoch auch für unbedenklich erachtet, eine besondere Frage hierauf zu richten[380b]). In dieser Ansicht liegt zugleich die volle Bestätigung der weiteren Auffassung des „Schuldig“[381]). Das Schuldig umfaßt nicht blos den Ausspruch, daß die That begangen und daß sie von dem Angeklagten begangen worden sei, sondern auch daß sie demselben zur Schuld anzurechnen sei. Wir verweisen hier wiederholt auf das französische coupable du crime. Diese dreifache Richtung und Beziehung des Schuldig umfaßt also den sog. objectiven Thatbestand, — die Frage nach der Urheberschaft — und die eigentliche Schuldfrage. Sehr bezeichnend ist die Vorschrift des großh. hessischen Gesetzes Art. 165, nach welcher der Präsident, wenn ein Zustand oder ein Vorgang bei den Verhandlungen vorgekommen, welcher — die Wahrheit desselben vorausgesetzt — die Zurechnung zur Schuld ausschließen würde, zwar hierauf eine Frage richten, jedoch solchenfalls die erste Frage nur dahin formuliren soll: Ist der Angeklagte überführt, die und die That begangen zu haben? — Als dergleichen, genau genommen, schon in der Hauptfrage mit begriffenen Ausschließungsgründe sind auch Nothwehr, Nothstand, Zwang u. s. w. anzusehen[382]). Es ist gleichgiltig, ob diese

379) Vgl. noch das Züricher StrafPG. §. 251.

380) Vgl. Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. I, S. 33. Bd. II, S. 221 flg. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 51, 363. Bd. II, S. 232. Vgl. noch den interessanten Fall das. Bd. II, S. 219 flg.

380a) Stemann S. 176. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 50. Bd. II, S. 225, 422, 535. Hannöv. Mag. Bd. II, S. 303.

380b) Dasselbe muß gelten von der Behauptung eines Irrthums. Vgl. Gerichtssaal 1852 Bd. I, S. 233.

381) Sehr bezeichnend ist eine Entscheidung des Obertribunals zu Berlin (Goltdammer Bd. I, S. 538), welches, als die Stellung einer besonderen Frage darauf, daß der Angeklagte nicht in rechtswidriger Absicht, sondern im geheimen Auftrage der Polizei gehandelt habe, abgelehnt worden, die bez. Nichtigkeitsbeschwerde verwarf, weil durch das Schuldig die rechtswidrige Absicht gleichzeitig constatirt worden.

382) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 604. Ebenso bei einer, die freie Selbstbestimmung völlig ausschließenden Trunkenheit. Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. II, S. 353. Als in einem Falle des Todtschlages die Unzurechnungsfähigkeit infolge besonderer Frage, in welcher als Grund Eifersucht und Leidenschaft angegeben war, von der Jury angenommen und der Angeklagte freigesprochen worden, opponirte die StA., daß, wenn einmal eine besondre Frage gestellt und der Grund der Unzurechnungsfähigkeit angegeben werde, eine richter-

Gründe bereits vor oder erst während der Verhandlung zum Vorschein gekommen sind. In Verbindung hiermit steht die Frage, ob die Geschworenen da, wo das Strafgesetzbuch den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung kennt, ihrem Schuldausspruche, auch ohne diesfallsige Zusatzfrage, den Beisatz „jedoch mit geminderter Zurechnung" beifügen können. Man kann im allgemeinen zugeben, daß Strafausschließungs- und Strafmilderungsgründe von der Jury nicht ohne diesfallsige Zusatzfrage in ihr Verdict aufgenommen werden können; z. B. die Jugend, die thätige Reue, zeitiger Widerruf. Die beiden letzteren sind der vollendeten That nachgefolgt und die Jugend ist ein die juristische Zurechnung an sich nicht schmälernder Umstand. Anders bei dem Mangel oder der Schwächung der Zurechnungsfähigkeit [383]). Die Annahme der letzteren ist eine theilweise, die der ersteren eine gänzliche Verneinung der Schuldfrage. Entscheidet die Jury überhaupt über die Zurechnungsfähigkeit, so darf sie auch in der Entscheidung hierüber nicht beschränkt und zu einem in jedem Falle unrichtigen Verdicte gedrängt werden [384]). — Bekanntlich wird nach französischem Rechte (vgl. auch die preußische und die großh. hessische Gesetzgebung) bei dem ersten Stufenalter die Frage an die Geschworenen gerichtet, ob der (jugendliche) Angeklagte mit Unterscheidungsvermögen (discernement) gehandelt habe. Bei der Fassung der meisten teutschen Strafbücher über den Milderungsgrund der Jugend bedarf es dessen nicht.

Von besonderem Interesse sind hier im preußischen Rechte die sog. mildernden Umstände, auf welche, im Falle des Antrages, bei Strafe der Nichtigkeit, besondere Fragen zu richten und welche nicht mit den Milderungsgründen zu verwechseln sind [385]). Die mildernden Umstände sind durch das Strafgesetzbuch bei mehreren Verbrechen anerkannt und auf diese beschränkt. Sie haben, nach Vorschrift des Gesetzes, eine Strafverwandlung zu Gunsten des Angeklagten zur Folge. Die Frage ist nicht speciell, wie bei den Milderungsgründen, sondern ganz allgemein zu stellen, wie auch das Strafgesetz diese Umstände ganz allgemein hingestellt hat [386]).

---

liche Cognition über die Zulässigkeit desselben nicht ausgeschlossen und hier die Freisprechung ungerechtfertigt sei, da eben das specifische Moment des Todtschlages in der Leidenschaft liege. Das Obertribunal trat in der Hauptsache bei (Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 421 flg.).

383) Vgl. noch Arnold, im Criminalarchiv 1853 S. 239 flg.

384) Das OAGericht zu München hat jedoch die Frage verneint. Sitzungsberichte Bd. IV, S. 453 flg. Bd. V, S. 126 flg. Vgl. dagegen Blätter für Rechtsanw. a. a. O. — Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 34, 225 flg. und Reichmann ebd. Jahrg. V, Bd. II, S. 352.

385) Burchardi a. a. O. S. 601. Burghardt, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. II, S. 449 flg. — Vgl. noch über die Auffassung der im allgemeinen im Gesetze angeführten mildernden und erschwerenden Umstände nach hannöv. Rechte Martin, im hannöv. Mag. Bd. II, S. 133 flg.

386) Ueber den Fall, wenn der Angeklagte sich „schuldig mit mildernden Umständen" bekannt hat vgl. oben u. Burghardt a. a. O. S. 486 flg.

Außer diesen, mit der Hauptfrage stehenden und fallenden Nebenfragen sind die eventuellen Fragen zu berücksichtigen. Sie werden für den Fall der Verneinung der Hauptfrage gestellt. Die einfachsten Fälle sind: wenn neben der Frage auf das vollendete Verbrechen die Frage auf den Versuch, neben der Frage auf die Urheberschaft die Frage auf einen geringeren Grad der Theilnahme[387]), neben der Frage über den dolus die Frage über einen geringeren Grad des dolus (z. B. Absicht zu tödten und Absicht zu verletzen, — Tödtung, Körperverletzung, — auch wohl Mord und Todtschlag —) oder über die culpa gestellt wird[388]). Sie erledigen sich sobald die Hauptfrage bejaht wird und können daher niemals in diese mit aufgenommen werden. In der Regel wird die Anklage auf solche Umstände mit gerichtet sein. Allein es liegt auch bei denselben das minus im maius und es ist daher in der Stellung der Frage hier eine Gefährdung der Vertheidigung nicht zu erblicken[389]). Schwieriger ist es, wenn besondere Umstände in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen, auf welche die Anklage nicht gestützt ist und welche den rechtlichen Charakter der That selbst verändern[390]). Es kommt hierbei nicht blos das Interesse der Vertheidigung, sondern auch das der Anklage in Frage; — das erstere, weil bei einem erschwerenden Umstande die Vertheidigung, das letztere weil bei einem mildernden Umstande die Anklage nicht auf die Sammlung von Beweismitteln u. s. w. zur Widerlegung rechtzeitig Bedacht nehmen konnte. Kann (eine Frage, die öfters verhandelt worden ist[391])) die Frage auf Mord gerichtet werden, wenn die Anklage auf Todtschlag gerichtet war?[392]) Es macht sich hier die wichtige, vielbesprochene Frage geltend, inwieweit das Gericht bei der Fragstellung an die Anklageformel gebunden sei?[393]). Die Frage ist als Regel zu bejahen,

387) Vgl. über die Frage, inwieweit die Mitwirkung des einen Complottanten in factischer Beziehung zu specialisiren sei, die Entsch. d. OAGerichtes zu München (Fertig, Sammlung 2c. Heft 3, S. 16). Vgl. noch Sitzungsberichte 2c. Bd. I, S. 403. Ueber die Fragstellung beim Complotte überhaupt Sitzungsberichte Bd. I, S. 186, 164, 403. Bd. III, S. 171. Würth, Commentar S. 559 u. oben.

388) Vgl. die thüring. StrafPO. Art. 256. Lebret, die Strafrechtspfl. Würtemb. Bd. II, S. 210 flg.

389) Vgl. hannöv. Mag. Bd. III, S. 414 flg.

390) Vgl. hierüber die Entscheidungen in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 400. Bd. III, S. 103.

391) Bejaht vom OAGerichte zu München (Sitzungsber. Bd. IV, S. 15). Ebenso vom OAGerichte zu Celle (Hannöv. Mag. Bd. II, S. 40), als auf Körperverletzung im Raufhandel die Anklage, auf Tödtung im Raufhandel die Frage gerichtet worden. Dagegen Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. II, S. 228 und Criminalarchiv 1852 S. 432 flg. Vgl. noch Schlink, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. II, S. 150 flg. und die Entscheidung in Fertig's Sammlung 2c. Erg. Heft I, S. 72 (Nr. 2).

392) So ein einfacher und ausgez. Betrug (Sitzungsber. Bd. II, S. 293), — einfacher und ausgez. Diebstahl (ebd. Bd. IV, S. 132).

393) Vgl. Burchardi u. Stemann a. a. O. Würth, Commentar

keinesweges aber für alle Fälle, wie dies auch die französische Jurisprudenz, gestützt auf Art. 338 des C. d'I. Cr. (gegenüber den Art. 361, 379), nicht annimmt [394]). Auch die teutschen Strafproceßordnungen haben solche Ausnahmen, zum Theil in ziemlich weitem Umfange, zugelassen und z. B. die hannöv. Strafproceßordnung Art. 188 nur die möglichste Berücksichtigung des Anklageerkenntnisses vorgeschrieben [395]). Als leitender Grundsatz ist festzuhalten, daß die Stellung von Zusatzfragen, in Abweichung von der Anklageacte, unzulässig ist, entweder wenn in den Verhandlungen sich eine andere strafbare That herausstellt, welcher ein durchaus anderes Sachverhältniß zum Grunde liegt [396]), oder wenn durch die Abweichung die Interessen der nicht vorbereiteten Vertheidigung oder Anklage gefährdet werden würden. Liegt keiner dieser Fälle vor, so würde es zu offenbar nutzlosen Weitläufigkeiten führen, wenn man die Verhandlung abbrechen oder wohl selbst, um der Form volle Gerechtigkeit zu verschaffen, eine nutzlose Verhandlung innerhalb der Anklageacte fortsetzen, sodann eine nur auf die Anklageacte gestützte Frage richten und im übrigen eine neue Untersuchung, mindestens die Erlassung eines neuen Verweisungserkenntnisses [397]) anordnen wollte. Die Veränderung der Sachlage kann auf Geständnissen oder sonst so unzweifelhaften Beweisergebnissen beruhen, daß eine derartige auf die Anklage beschränkte Frage an's Lächerliche streift [398]). Die Anklage ist keine Formel des altrömischen Processes. Ist gleich dem Verweisungserkenntnisse eine umfänglichere Bedeutung, als lediglich

S. 567 flg. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. VI, Bd. I, S. 18 flg. Bopp ebd. Jahrg. II, Bd. I, S. 537 flg. Gerau, über das Anklageprincip. Criminalarchiv 1833 Erg. Heft S. 146 flg. Motiven zu d. Entw. d. StrafPO. für Sachsen S. 266. Thilo, Comment. zur bad. StrafPO. §. 246 (S. 180 flg.). Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 84. Kirchner, Gerichtssaal Jahrg. III, Bd. II, Erg. Heft S. 89 flg. Leonhardt, Mag. f. hannöv. R. Bd. I, S. 346 flg. Martin ebd. Bd. II, S. 111 flg., 113 flg.

394) Schlink, Gerichtss. 1851 Bd. II, S. 150 flg. Daniels S. 187 flg.

395) Leonhardt a. a. O.

396) Vgl. noch Stemann a. a. O. Gerau a. a. O. Schlink a. a. O. Mag. f. hannöv. R. Bd. II, S. 38. Leonhardt a. a. O. S. 360 flg.

397) Martin a. a. O. S. 114 flg. und die von ihm referirte Entscheidung des OAGerichtes zu Celle.

398) Man nehme den Fall, daß die Anklage auf ausgez. Diebstahl von 20 Thalern gerichtet gewesen und die Hauptverhandlung ergeben, daß 200 Thlr. entwendet worden (wo die Gesetzgebung einen höheren Strafsatz beim höheren Betrage eintreten läßt), — oder Zwei sind des Raubes und der Dritte der Beihilfe angeklagt und es ergiebt sich, daß der Letztere Miturheber gewesen, mitgebunden ꝛc. (wo die Gesetzgebung bei einem Raube von drei Personen Bandenraub annimmt), oder bei dem Versuche des Raubes die Absicht der Nothzucht zugestanden wird ꝛc. — Soll hier eine Frage auf Diebstahl von 20 Thalern, auf (einfachen) Raub, auf Raubversuch noch gestellt und im Falle der (unvermeidlichen) Verneinung der Angeklagte zu anderweiter Untersuchung verwiesen werden? Ja, im ersten Falle würde die Frage bejaht und die neue Untersuchung wegen desselben Verbrechens, jedoch mit Beschränkung auf 180 Thlr., eingeleitet werden können.

die Regulirung der Competenz [399]) zugestehen, so ist sie doch auch keine definitive Feststellung der That in allen ihren Merkmalen und Bestandtheilen. Der Angeklagte wird zuvor mit seinen Einwendungen nicht gehört und eine Verhandlung, welche eine solche Bedeutung des Verweisungserkenntnisses rechtfertigen könnte, geht nicht voraus. Die Voruntersuchung enthält keine so erschöpfende Erörterung, um dem auf sie gebauten Erkenntnisse eine solche Bedeutung zu vindiciren. Der Angeklagte wird nur wegen einer bestimmten That verwiesen, deren Eigenschaften, Merkmale und Folgen, bei dem Charakter der Voruntersuchung, der näheren Feststellung noch bedürfen [400]). Die Anklage ist auf diese That gerichtet und der gesammte Inbegriff der letzteren wird durch die die eigentliche Untersuchung bildende Hauptverhandlung festgestellt. Die Analogie mit der Klage und dem Beweisinterlocute im Civilprocesse ist offenbar unpassend. — Eine andere Auffassung der Anklage ist nicht einmal aus dem Anklageprincipe zu rechtfertigen. Die Hauptverhandlung und die in ihr erfolgte Beweisaufnahme, auf deren Ergebnisse die Jury verwiesen wird, bildet die eigentliche Untersuchung. Es versteht sich von selbst, daß bei der Abweichung von der Anklage doch immer dieselbe That es sein muß, welche den Gegenstand der letzteren bildet. Es ist daher unzulässig [401]), Verbrechen, welche in der Anklage gar nicht berührt werden, aber in der Verhandlung zur Sprache gekommen sind, zum Gegenstande der Frage und überhaupt der Aburtheilung zu machen. Die That, wegen deren der Angeklagte vor das Schwurgericht verwiesen ist, und nur diese That, wie sie sich jedoch in der Hauptverhandlung dargestellt hat, ist Gegenstand der Aburtheilung und mithin der Fragstellung.

Es ist gleichgiltig, ob die neuen Umstände erst in der Hauptverhandlung zum Vorschein gekommen oder aber ob sie zwar schon in der Voruntersuchung mitberührt, in dem Verweisungserkenntnisse jedoch aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen beseitigt worden sind und ihre Relevanz nur erst während der Hauptverhandlung sich ergiebt [402]). Auch diese wieder vortretenden Umstände sind, gegenüber dem Verweisungserkenntnisse, neue [403]).

Die Modificationen der Anklage können verschieden sein. Entweder ändert sich der thatsächliche Sachverhalt nicht, sondern nur die rechtliche Qualification, indem ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt sich darbietet [404]), oder es ändert sich der thatsächliche Sachverhalt, jedoch

---

399) Leonhardt a. a. O. Dagegen Martin a. a. O. S. 145. Vgl. Fertig a. a. O. S. 109 flg.

400) Gerau a. a. O. Arnold, Gerichtssaal 1855 Bd. I, S. 193 flg.

401) Vgl. Arnold a. a. O. Goltdammer, Archiv Bd. III, S. 103.

402) Vgl. das kgl. preuß. Gesetz von 1852 Art 85.

403) Leonhardt a. a. O. S. 387 flg. Martin a. a. O.

404) Vgl. die Entscheidungen des OAGerichtes zu München (Fertig Erg. Heft I, S. 9, 10) und des Obertrib. zu Berlin (Goltdammer Bd. III,

ohne gleichzeitige Aenderung der rechtlichen Qualification oder es tritt mit der Aenderung der Thatsachen auch eine Aenderung der Qualification ein.

In den Fällen, wo, ohne Aenderung des factischen Materials, ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt, unter welchen dasselbe gestellt werden kann, sich darbietet, wird die Richtung der Frage, soweit überhaupt die Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes von Einfluß auf dieselbe ist und nicht blos der Cognition der Richter anheimfällt, auf diesen neuen Gesichtspunkt unbedenklich sein, es wäre denn, daß die Vertheidigung oder die Anklage bescheinigen könnte, daß sie durch eine sofortige Aburtheilung, in dieser Richtung hin, gefährdet werde, indem ihr in Betreff derselben annoch besondere, zeither nicht erörterte Thatsachen oder noch nicht benutzte Beweismittel zur Seite ständen.

Zu den Fällen, wo eine Aenderung des thatsächlichen Sachverhaltes, jedoch ohne gleichzeitige Aenderung der rechtlichen Qualification eintritt, können wir besonders den Fall rechnen, wo Thatsachen bei der Hauptverhandlung vorkommen, welche Anschuldigungs- oder Vertheidigungsmomente unterstützen oder widerlegen; z. B. es werden neue Thatsachen erhoben, durch welche das alibi bewiesen oder die behauptete Unzurechnungsfähigkeit widerlegt wird. Diese Fälle bieten keine Schwierigkeiten. Dergleichen Nova werden in der Regel keinen Einfluß auf die Fragstellung äußern. In dem Schuldig oder Nichtschuldig liegt zugleich die Entscheidung über diese Nova, beziehendlich über die Glaubwürdigkeit der betreffenden Beweismittel [405]).

Eine Aenderung des thatsächlichen Verhältnisses und der rechtlichen Qualification der That bietet sich zunächst in den Fällen dar, in welchen die juristische Zurechnung der That zum Verbrechen aufgehoben wird. Wird Nothwehr, Nothstand, Unzurechnungsfähigkeit durch Nova nachgewiesen, so verliert die That den strafbaren Charakter. Bereits oben ist gezeigt worden, daß das Schuldig und das Nichtschuldig die Frage der Zurechnung mit erledigt. Anders, wenn durch besondere, nachfolgende Umstände die bereits vorhandene Schuld getilgt wird; z. B. thätige Reue, Widerruf des Meineides, Selbstanzeige bei Hochverrath ꝛc. Es ist hier oft über die Grenzen der Competenz zwischen Jury und Gericht gestritten worden. Es ist sehr treffend [406]) bemerkt worden, daß, wenn die Geschworenen vermöge des Gesetzes den Ausspruch über die Schuld

S. 102 flg.), wobei ebenfalls Gesichtspunkte, welche von dem Verweisungserkenntnisse ausdrücklich zurückgewiesen worden sind, wieder maßgebend werden können.

405) Arnold, Gerichtssaal 1855 Bd. I, S. 196 flg.

406) Arnold a. a. O. S. 200 flg. Derselbe macht sehr richtig geltend, daß dieser Fall sich nicht mit demjenigen vergleichen lasse, wo die Richter bei einem Verdicte auf Schuldig den Angeklagten wegen der gesetzlichen Straflosigkeit der That freisprechen, indem sie im letzteren Falle nur den Inhalt des Wahrspruches mit dem Gesetze vergleichen, hier aber sie erst durch ihre Entscheidung diejenige Thatsache feststellen würden, welche die Strafbarkeit aufhebt.

zu fällen haben, sie befugt und verpflichtet seien, die ganze positive und negative Thätigkeit, welche der Angeklagte in Beziehung auf die angeschuldete That entwickelt hat, zu würdigen, nicht aber es passend sein würde, diese Thätigkeit nach Zeitabschnitten zu trennen und nach Verschiedenheit derselben hier die Jury, dort die Richter entscheiden zu lassen[407]. Zweifelhaft ist es, ob auf diese Ausschließungsgründe ohne Unterschied keine besondere Frage zu richten sei. Wir glauben, daß eine besondere Frage gestellt werden kann, ohne der Bedeutung der Formel Schuldig entgegenzutreten[408]; jedoch nicht bei allen. Während bei dem Mangel der Zurechnungsfähigkeit und der Nothwehr eine Strafbarkeit überhaupt nicht eintrat[409], wird bei anderen Aufhebungsgründen die bereits vorhandene Schuld nachträglich wieder getilgt. Es handelt sich nicht darum allein, ob der Angeklagte gegenwärtig noch schuldig sei, sondern eben darum, ob er schuldig gewesen und es noch sei[410]. Es sind verschiedene, im Gesetze selbst wesentlich geschiedene Thätigkeiten des Angeklagten in Frage. Jedenfalls wird der Jury die Lösung der Aufgabe erleichtert und die Garantie für die Richtigkeit derselben erhöht, wenn die Fragen getrennt werden, sowie die Trennung auch im Interesse des Angeklagten liegt, welchem z. B. es vorzüglicher erscheinen wird, wegen Diebstahles infolge mangelnden Beweises als wegen nachträglich geleisteten Ersatzes losgesprochen und letzteren Falles von seinem Mitbürger immer noch als Dieb angesehen zu werden[411]. Dasselbe gilt von der Selbstanzeige beim Hochverrathe, beim Widerrufe des Meineides u. s. w.

Anders ist es bei den außerhalb der Thätigkeit des Angeklagten liegenden Aufhebungsgründen der Strafbarkeit, z. B. Verzicht des Beschädigten, Verjährung u. s. w.[412]. Insbesondre gilt dies von der Verjährung[413], obschon sich auch hier Fälle denken lassen, wo die den Eintritt oder Ausschluß der Verjährung bedingenden Thatsachen sehr zweifelhaft sind und es daher einer besonderen Beweisaufnahme betreffs der letzteren (namentlich bei der Frage über die Unterbrechung) bedarf.

---

407) In Bayern ist Widerruf und thätige Reue zur Thatfrage gerechnet worden. Blätter f. Rechtsanw. Bd. XIX, S. 159, 312. Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. Bd. I, S. 145. Auch in österreich. Gerichtsztg. 1853 Nr. 65.

408) Vgl. noch betreffs des Meineides Sitzungsber. der bayer. G. Bd. IV, S. 163, 315. Bei der thätigen Reue soll eine Frage an die Geschworenen gestellt werden, vgl. Fertig, Sammlung Erg. Heft I, S. 71 in Verb. mit Blättern für Rechtsanw. a. a. O. S. 289 flg. Anderer Meinung Dollmann, in den Blättern für Rechtsanw. Bd. XIX, S. 326 flg.

409) Dasselbe gilt vom Irrthume, Zwange ꝛc.

410) Vgl. dagegen Dollmann a. a. O. S. 312 flg., 327.

411) Ueber den Fall des freiwillig aufgegebenen Versuches vgl. Dollmann a. a. O. S. 322 flg. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 590.

412) Vgl. Dollmann a. a. O. S. 308 flg., 312. Ueber Verzicht des Beschädigten Fertig Erg. Heft I, S. 71. Sitzungsber. Bd. III, S. 408.

413) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 603. Bd. II, S. 176. Sitzungsber. Bd. III, S. 9, 408. Bl. für Rechtsanw. Bd. XIX, S. 159 in Verb. mit österr. Gerichtsztg. 1853 Nr. 8 und hannöv. StrafPO. §. 188.

Es handelt sich in diesen Fällen um die juristische Subsumtion gewisser Thatsachen, — nicht um die Schuldfrage[414]); das Dasein der Schuld bleibt unberührt. Dieselbe wird nur durch zufällige, vom Willen des Thäters nicht berührte Umstände aufgehoben.

Viel wichtiger ist die Frage, inwieweit die sofortige Aburtheilung bei einer mit der Aenderung der thatsächlichen Grundlage verbundenen Aenderung der rechtlichen Qualification zulässig sei[415]). Besteht die Aenderung nur in dem Wegfallen einzelner Thatsachen, welches zugleich eine Aenderung in der rechtlichen Beurtheilung bedingt, so erledigt sich in der Regel jeder Zweifel dadurch, daß die Geschworenen die betreffenden Thatsachen bei Beantwortung der Hauptfrage nicht für bewiesen erachten und hiernach den Umfang des Schuldig bemessen, wodurch zugleich wieder für den Richter die Grundlage seines Erkenntnisses gegeben ist. In diesen Fällen wird ohnedem die Aenderung stets dem Angeklagten zum Vortheil gereichen. Wie aber, wenn mit der factischen Aenderung eine schwerere Qualification in Frage kommt? Hier muß nun, neben strenger Festhaltung des Satzes, daß eben nur die angeklagte That den Gegenstand der Frage, nach wie vor, bilden und die Abänderung nur, soweit sie die die That begleitenden Umstände betrifft, überhaupt berücksichtigt werden darf, das rechtliche Interesse der Anklage und Vertheidigung, wie wir es oben präcisirten, entscheiden. — Das französische Recht[416]) spricht von circonstances aggravantes non mentionées dans l'acte d'accusation, im Gegensatze der éléments constitutifs. Martin[417]) beschränkt die Zulassung solcher neuen Umstände auf solche, welche zwar dieselben begriffswesentlichen Merkmale des Verbrechens betreffen, aber für die Identität der Anklage nicht wesentlich sind. Auch die neuen Gesetzgebungen sprechen meistens von neuen beschwerenden Umständen oder von Umständen, welche eine schwerere Qualification des Verbrechens begründen[418]). Ist hiernach es zulässig, die Frage auf einen schwereren Grad desselben Verbrechens zu richten, wie dies jetzt ziemlich allgemein angenommen wird[419]), so ist es nun fraglich, ob auch schwerere begriffsverwandte

414) Aus gleichem Grunde gehört z. B. der Milderungsgrund unschuldig erlittener oder verlängerter Haft zur Competenz des Gerichtes. Vgl. Sitzungsber. Bd. II, S. 333, 436. Fertig II, S. 26. Ebenso der Rückfall. Großh. hess. Gesetz Art. 172. Vgl. noch Arnold, Gerichtssaal a. a. O. S. 208, Anm. *.

415) Vgl. noch den in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 182 flg. referirten Fall.

416) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale 1854 Bd. I, S. 23 flg. Bd. II, S. 255 flg.

417) Hannöv. Mag. Bd. II, S. 149.

418) Vgl. noch Arnold a. a. O. S. 213.

419) Vgl. Gerichtssaal 1854 Bd. I, S. 18. Sitzungsber. Bd. I, S. 347. Bd. IV, S. 132. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 596 in Verb. mit Arnold a. a. O. S. 214. Dies gilt auch von höheren Graden der Theilnahme. Vgl. z. B. Sitzungsber. Bd. IV, S. 47.

Verbrechen in die Frage nachträglich aufgenommen werden können. Es ist dies mehrfach, namentlich betreffs der Frage über Todtschlag und Mord, bezweifelt worden[420]). Die Praxis scheint sich der Bejahung zuzuneigen, obgleich die letztere mehrseitig angegriffen wird[421]). Geht die Aenderung auf ein höheres Verbrechen, so wird die hierauf zu richtende Frage natürlich an die Spitze zu stellen und die auf die ursprüngliche Anklage gerichtete Frage nachzusetzen sein. Liegt der neue Umstand noch nicht klar vor, so wird die Verhandlung abzubrechen, da nöthig, auch völlig aufzuheben, eine neue Untersuchung zu eröffnen und ein neues Verweisungsurtheil zu erlassen sein[422]). Ein unbedingter Ausschluß des Befugnisses zur Vertagung in solchen Fällen führt offenbar zu ungerechten Entscheidungen, weil sie auf unvollständige Beweisaufnahmen gegründet werden müssen. Es ist übrigens eine bekannte Erfahrung, daß die Geschworenen eventuelle, auf geringere Verbrechen gerichtete Fragen — unter Verneinung der Hauptfrage — zu bejahen pflegen, weil sie in ihnen mit Recht einen Zweifel betreffs der Hauptfrage finden[423]). — Im übrigen hat das Obertribunal zu Berlin sich dahin ausgesprochen[424]), daß, wenn die Fragstellung nach dem Resumé eine besondere, in der Anklage nicht enthaltene Ausdehnung des Thatbestandes im Auge habe, der Angeklagte befugt sei, nunmehr noch im Wege der Vertheidigung, wie in dem der Rückfrage an die Zeugen alles das vorzubringen, was er zum Zwecke der Verneinung dieser erweiterten Fragstellung für dienlich hält[425]). Einen noch weiter gehenden Schutz gewährt die badische Strafproceßordnung § 246, welche den Präsidenten verpflichtet, den Staatsanwalt und den Angeklagten zur fürsorglichen Erklärung über das Dasein und die rechtlichen Folgen jenes der Anklage nicht unterlegten Verbrechens aufzufordern[426]). Werden einzelne Umstände, welche in die Anklage aufgenommen worden sind und dem Verbrechen einen schwereren Charakter verleihen, nicht bewiesen, so ist dennoch die Frage selbstverständlich auf dieselben mit zu richten. Die Fragstellung würde sonst keine erschöpfende und die Entscheidung keine die Anklage vollständig consumirende sein. Auch würde dem Gerichte eine ihm nicht zustehende Entscheidung über die Ergebnisse des Beweises und die Schuldfrage übertragen werden[427]).

420) Vgl. oben.

421) Vgl. noch oben und neuerdings Arnold a. a. O. S. 214 flg. Lebret, die Strafrechtspflege Würtembergs Bd. II, S. 210 flg.

422) Vgl. thüring. StrafPO. § 256. K. preuß. G. Art. 86.

423) Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 34, 223. Auch Reichmann bestätigt a. a. O. diese Erfahrung.

424) Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 532.

425) Auch das Befugniß der Geschworenen, Fragen an die Zeugen zu richten, ist anerkannt worden. Goltdammer a. a. O. S. 531.

426) Vgl. dagegen die Entscheidung des Obertrib. zu Berlin in Goltdammer's Archiv Bd. III, S. 102.

427) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 361.

Mit den hier besprochenen Fragen ist noch die Frage verwandt, inwieweit der Präsident bei der Fragstellung an die Wortfassung der Anklage sich halten müsse und inwieweit er Ergänzungen und Verbesserungen derselben vornehmen dürfe? Eine genaue wörtliche Anpassung der Frage an die Worte des Verweisungsurtheiles ist nirgends vorgeschrieben[428]). Die Verbesserung offenbarer Schreibfehler und Irrthümer in der Anklageformel kann ebenfalls nicht für unzulässig angesehen werden; z. B. Irrthümer betreffs des Namens, des Ortes und der Zeit, wo über die Existenz des Irrthums kein Zweifel obwaltet[429]). Zweifelhafter ist der Fall, ob ein Begriffsmerkmal des Verbrechens, welches bei Aufstellung der That im Verweisungsurtheile nicht den entsprechenden Ausdruck erhalten, durch die Fragstellung ergänzt werden dürfe?[430]) Auch hier muß dem Präsidenten ein gewisses Ermessen gestattet sein. Wo offenbare Irrthümer vorliegen, muß auch hier eine Aenderung, durch welche in Wahrheit ein Recht der Anklage und der Vertheidigung nicht gekränkt wird, zulässig sein. Die Thatsache allein, daß die Anklage in der oder jener Maße abgefaßt sei, erzeugt noch nicht ein solches Recht. Hierher rechnen wir den Fall, als die Worte „mit rechtswidrigem Vorsatze" in der Anklageformel vergessen worden waren, der Cassationshof zu Celle aber das Urthel vernichtete, als der Präsident diese Worte noch in die Frage aufgenommen und die Jury die letztere bejaht hatte.

Im allgemeinen möchte auch hier eine freiere Handhabung, soweit nicht das wahre und rechtlich zu beachtende Interesse der Anklage und der Vertheidigung gefährdet ist, gestattet sein. Die Gerechtigkeit wird oft zu sehr durch den steifen Formalismus eingezwängt und, indem man das Wesen hierbei der Form ohne Nothwendigkeit opfert, die Jury zu unrichtigen, ihrer wahren Ueberzeugung widerstreitenden Verdicten genöthigt[431]).

Die Formulirung der Fragen erfolgt durch den Präsidenten. Der

---

428) Vgl. auch hannöv. Mag. Bd. III, S. 412 flg. Lebret, die Strafrechtspflege Würtembergs Bd. II, S. 210.

429) Vgl. Sitzungsber. ꝛc. Bd. I, S. 134. Bd. III, S. 16.

430) Vgl. Martin, im hannöv. Mag. Bd. II, S. 143 flg. in Verb. mit Leonhardt ebendas. Bd. I, S. 344 flg. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 84.

431) Wir rechnen hierher z. B. den Fall, wo, nachdem die Jury bereits in das Berathungszimmer sich zurückgezogen hatte, sie in den Saal zurückkehrte und die Stellung einer, auf geminderte Zurechnung gerichteten Frage verlangte. (Bayer. Sitzungsber. Bd. I, S. 314.) Die Zulässigkeit wurde bestritten, die Frage jedoch gestellt. Wie nun, wenn das Gericht, aus formellen Gründen, die Stellung abgelehnt hätte? Wie hätte die Jury entscheiden sollen? — Das OAGericht zu München erachtet Anträge auf Stellung von Fragen Seiten der Jury überhaupt und Erinnerungen derselben gegen die Fragstellung, nachdem sie sich zurückgezogen hat, für unstatthaft. Fertig, Sammlung ꝛc. Erg. Heft I, S. 27. Vgl. noch hannöv. Mag. Bd. I, S. 140.

Angeklagte soll zugegen sein[432]. Dem Staatsanwalte und dem Vertheidiger steht das Recht zu, Einwendungen gegen die Fragstellung und Anträge auf Abänderungen, insbesondre auch Zusatzfragen einzubringen. Der Präsident kann die schriftliche Abfassung solcher Anträge verlangen[433]. Ueber die Einwendungen und bezüglichen Anträge entscheidet der Schwurgerichtshof. Der Präsident übergiebt die Fragen, auf einem Bogen aufgeschrieben, dem ersten der Geschworenen[434]. Die Uebergabe derselben ist der Schlußpunkt, bis zu welchem die Einwendungen erhoben werden können[435].

Die Geschworenen sind bei ihrer Entscheidung an keine Beweisregeln gebunden[436]. Es hat noch keine teutsche Gesetzgebung die Aufstellung von dergleichen Regeln versucht. Die Geschworenen werden sowohl in dem Eide, den sie leisten, als auch in der Belehrung (Instruction[437])), die ihnen der Präsident ertheilt, bez. der Obmann vorliest, darauf aufmerksam gemacht[438], daß sie nur nach ihrer gewissenhaften Ueberzeugung, gewonnen aus den Ergebnissen der vor ihnen vorgenommenen Beweisaufnahme, urtheilen sollen[439]. Hiermit steht die Frage in Verbindung, ob eine Nichtigkeit begründet werde, wenn den Geschworenen Schriftstücke in das Berathungszimmer mitgegeben werden. Das Verfahren vor denselben ist ein mündliches und durch Mitgabe von Schriftstücken wird überdies leicht die Gleichheit der Parteien verletzt. Das französische Recht (Art. 341) gestattet allerdings außer der Mitgabe von Augenscheinsprotocollen (welche zweckmäßig sein kann) die Mittheilung der Anklageacte und des Verweisungsbeschlusses, sowie die Praxis selbst von Zeugenprotocollen. Das bayer. Gesetz (Art. 180) läßt die Mitgabe der Anklageacte und der übrigen Acten, mit alleiniger Ausnahme der Zeugenprotocolle[440], zu. Mit Recht hat jedoch z. B. das Obertribunal zu Berlin entschieden, daß die Anklageacte nur durch Vorlesung zur Kenntniß der Jury gebracht

---

432) Vgl. den Fall bei Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 200.

433) Goltdammer a. a. O. S. 199.

434) Ueber den Fall eines bei der Niederschrift eingeschlichenen Fehlers Goltdammer Bd. I, S. 200, 357.

435) Goltdammer a. a. O. Bd. II, S. 401.

436) Vgl. noch besonders über das Verhältniß der Lehre vom Beweise zum Schwurgerichte Abegg, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. II, S. 61 flg.

437) Eine besondere Belehrung ist in Würtemberg abgefaßt worden. Vgl. Lebret Bd. II, S. 250.

438) Bayern Art. 110, 171. Preußen (1849) §. 97, 110. Baden §. 96. Hannover §. 189. Kurhessen §. 295, 320. Würtemberg Art. 118, 163. Großh. Hessen Art. 134, 174. Braunschweig §. 128. Thüringen Art. 281.

439) Die Geschworenen sollen daher ihr Verdict auf Privatnotizen, die ihnen zugegangen, insbesondre vor Eröffnung der Sitzung in Erfahrung gebrachte Thatsachen nicht stützen, auch sie im Berathungszimmer gar nicht mittheilen. Mittermaier, hannöv. Gerichtsztg. I, S. 66.

440) Dieselben sollen daher gesondert gehalten werden. Fertig, Samml. Erg. Heft I, S. 199.

werden dürfe[441]), dagegen die Mitgabe von als falsch angefochtenen Urkunden und Vergleichsschriften und sogar in einem Falle von Zeugenprotocollen[441a]) für statthaft erachtet[442]).

Daß die Geschworenen während ihrer Berathung, nicht aber vom Anfange der Verhandlung an und während der Aussetzung der Sitzung von der Communication mit anderen Personen abgeschlossen sind, ist bereits oben erwähnt[443]). Eine wichtige Bestimmung ist[444]), daß dem Präsidenten, auf Verlangen der Jury, gestattet ist, in das Berathungszimmer der letzteren sich zu verfügen, um ihr Aufklärungen über Zweifel betreffs der Bedeutung der gestellten Fragen zu ertheilen[445]). Es ist dies eine bedenkliche Befugniß, durch welche möglicherweise, bei aller Gewissenhaftigkeit des Präsidenten, eine unrichtige, jedoch nicht erkennbare und nicht zu controlirende, noch weniger zu verbessernde Richtung der Auffassung und somit auch der Entscheidung der Jury veranlaßt wird. Andere Gesetzgebungen verlangen daher, daß die Geschworenen in solchem Falle sich in den Sitzungssaal zurückbegeben und daselbst die Belehrung über ihren Zweifel verlangen[446]).

Die Geschworenen wählen im Berathungszimmer aus ihrer Mitte[447]) einen Obmann[448]). Es ist bei dem unverkennbaren Einflusse des Obmannes auf den Gang der Berathung und Abstimmung, die unter seiner Leitung erfolgt, die freie Wahl jedenfalls besser, als daß das Gesetz selbst denjenigen zum Obmanne bestimmt, dessen Name zufällig zuerst aus der Urne gezogen wurde, ohne daß eine Ablehnung eintrat[449]). Mag auch hin und wieder nicht allen Geschworenen die

---

441) Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 397 in Verb. mit Bd. I, S. 38, 686.

441a) Goltdammer ebd. S. 233, 236.

442) Die Vertheilung einer (gedruckten) Darstellung der Sachlage an die Geschworenen durch den Vertheidiger ist für unzulässig erachtet worden. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 195. Vgl. noch ebend. S. 531 betr. einer vom Vertheidiger übergebenen Handzeichnung.

443) Ein Sprechen des Staatsanwaltes mit einem Geschworenen während der Verhandlung (vor dem Zurückziehen zur Berathung) ist vom OAGericht zu München nicht als Richtigkeitsgrund angesehen worden. (Fertig, Sammlung Erg. Heft S. 217. Sitzungsberichte rc. Bd. V, S. 33).

444) Bestätigt im franz. Decrete v. 7. Decbr. 1848.

445) Thüringen Art. 290. Hannover §. 190. Nach dem letzteren Gesetze hat jedoch der Vorsitzende, sobald er findet, daß die Zweifel sich auf thatsächliche Punkte beziehen, sich im Berathungszimmer jeder Aeußerung zu enthalten und kann zur Beseitigung der Zweifel die Wiedereröffnung der Sitzung veranlassen.

446) Baden §. 97. Kurhessen §. 326. Würtemberg Art. 164. Preußen (1852) Art. 94 verlangt, daß die Belehrung durch den Präsidenten in Gegenwart sämmtlicher Gerichtsmitglieder erfolge.

447) In der Regel ist vorgeschrieben, daß die Wahl unter der Leitung des zuerst gezogenen Geschworenen erfolge.

448) Preußen (V. v. 1849) §. 109. Hannover §. 189. Baden §. 97. Bei gleicher Stimmenzahl entscheidet das höhere Alter.

449) So das franz. Gesetz Art. 342 u. Großh. Hessen Art. 61. Beide Gesetze

gegenseitige wünschenswerthe Personalkenntniß beiwohnen, jedenfalls wird die freie Wahl der Jury mehr Werth als die Bestimmung des Zufalles haben. Die Abstimmung erfolgt mündlich[450]). Der Obmann giebt seine Stimme zuletzt ab und schreibt das Resultat der Abstimmung auf den Fragebogen. Die Niederschrift der Antwort soll deutlich sein und darf nicht durch Rasuren, Ausstreichungen, Randbemerkungen oder Zwischenzeilen unleserlich oder zweifelhaft[451]) sein.

Ueber die Behauptung, daß oft die Ansicht der Jury lediglich von der eines einzelnen, durch Intelligenz ausgezeichneten Mitgliedes derselben abhänge, welcher sich die übrigen ohne weiteres anschlössen, ist viel gesprochen worden. Diese Einwendung beweist zu viel und ist jedenfalls aus erklärlichen Gründen übertrieben[452]).

Der Geschworene wird seine Aufgabe am sichersten erfüllen, wenn er sich als Richter denkt und sein Gemüth in jene Stimmung versetzt, welche allein dem Richter ziemt[453]). Er ist zwar für die Vollständigkeit der Beweisaufnahme nicht verantwortlich und kann keine Anträge auf Vorladung und Abhörung von Zeugen sowie auf Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen stellen. Dagegen soll er von dem Rechte, Fragen (durch den Präsidenten) an die Zeugen u. s. w. zur Aufhellung ihm dunkel erscheinender Theile der Aussage oder Feststellung einzelner in ihr berührter Punkte zu richten, angemessenen Gebrauch machen. Dies gilt insbesondre auch von dem Falle, wenn er eine Aeußerung nicht völlig verstanden hat, wo er die Wiederholung derselben verlangen soll[454]). Befangenheit oder Befürchtung, unpassende Fragen zu stellen, sind nicht am rechten Orte.

Ueber die intime conviction haben wir schon oben gesprochen. Die teutschen Gesetze verlangen eine, auf die gewissenhafte Prüfung der vorgeführten Beweise begründete Ueberzeugung. Auch

---

gestatten jedoch, daß die Jury mit Zustimmung des erstgezogenen Geschworenen einen anderen Obmann wähle.

450) Das badische Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 99 hat schriftliche Abstimmung, jedoch Unterzeichnung des Stimmzettels vorgeschrieben. — Ueber die Befragung der einzelnen Geschworenen betreffs ihrer Meinung durch den Obmann vgl. z. B. die Vorschriften der kgl. preuß. Verordnung v. 1849 §. 109. Vgl. noch über die Abstimmung der Jury Mittermaier, Mündlichkeit rc. S. 396 flg.

451) Bewirkt die Aenderung keinen Zweifel, so bleibt das Verdict zu Recht beständig. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 689.

452) Vgl. Arnold, im Gerichtssaale 1855 Bd. I, S. 134.

453) Mittermaier, in der hannöv. Gerichtsztg. Bd. I, S. 57. — Anweisungen für Geschworene zur richtigen Ausübung ihrer Function sind von Piris (in München), Heyßler (in Wien), Schwarze (in Dresden) herausgegeben worden. Mittermaier gedenkt im Archive 1854 S. 134 einer von dem StA. Hotz in Zürich im Jahre 1853 herausgegeben Anweisung. Auch Merkel hat im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 450 flg. Hauptgesichtspunkte für das Verhalten eines pflichtgetreuen Geschworenen aufgestellt.

454) Mittermaier a. a. O. S. 65.

betreffs der Frage wegen der Entscheidungsgründe haben wir uns schon ausgesprochen. Die teutschen Gesetzgebungen gestatten die Angabe von Entscheidungsgründen für das Verdict nicht.

Der Obmann der Geschworenen unterzeichnet (nebst zwei Geschworenen) die Antworten; — die Angabe seiner Eigenschaft als Obmann bei der Unterzeichnung ist kein wesentliches Erforderniß[455]). Nach erfolgter Vorlesung der Antworten sind dieselben auch von dem Präsidenten nebst dem Gerichtsschreiber, behufs der formellen Beglaubigung, zu unterzeichnen. Diese Unterzeichnung ist als ein wesentliches Erforderniß zu betrachten[456]). Es ist gezweifelt worden, ob das Gericht auch nach dieser Unterzeichnung noch befugt sei, wegen Dunkelheit oder Unvollständigkeit des Verdictes die Jury zur anderweiten Berathung und Beschlußfassung anzuweisen[457]). Bei einer solchen Berathung ist die Jury übrigens an den Inhalt ihrer früheren Antwort nicht gebunden, darf jedoch andererseits nicht beanstandete Theile der letzteren nicht abändern.

Sollen die Geschworenen die Zahl der Stimmen, mit der sie das Verdict beschlossen haben, angeben? — In der preuß. Gesetzgebung (§. 113 der V. v. 1849 u. §. 93 des G. v. 1852) ist verordnet[458]), daß der Obmann bei Vorlesung eines dem Angeklagten ungünstigen Verdictes angeben muß, ob dasselbe mit mehr als sieben Stimmen zu Stande gekommen[459]); eine weitere Angabe der Stimmenzahl ist verboten[460]). Bei der Verurtheilung mit fünf gegen sieben Stimmen geht die Entscheidung der Schuldfrage auf den Gerichtshof über. — Andere Gesetzgebungen[461]) verordnen, daß die Stimmenzahl auf dem Fragebogen mit aufgeschrieben werde, ohne jedoch die öffentliche Mittheilung derselben zu verlangen. Noch andere enthalten diese Verordnung wegen Angabe der Stimmenzahl nicht[462]) und die Gesetzgebung von Bayern (Art. 193)[463]) verbietet geradezu die Angabe der Stimmen[464]). Die Nachtheile einer derartigen Kundgebung liegen klar vor.

---

455) Goltdammer, Archiv Bd. III, S. 104.

456) Goltdammer a. a. O.

457) Die Frage ist wohl zu bejahen. Die preuß. Gesetzgebung gestattet es, so lange noch nicht ein Urtheil des Gerichtshofes auf Grund des Verdictes ergangen ist. (V. v. 1849 §. 115. G. v. 1852 Art. 97). Vgl. noch über die franz. Praxis Würth, Commentar S. 585 Anm.

458) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 401, 532.

459) Ebenso z. B. Großh. Hessen Art. 173.

460) Vgl. auch Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 356.

461) Kurhessen §. 325. Jedoch läßt die Schlußbestimmung des §. 329 auch auf das Gegentheil schließen.

462) Hannover §. 189. Würtemberg Art. 165. Thüringen Art. 291. Der Cassationshof zu Stuttgart hat die Angabe für ungehörig erklärt. Lebret Bd. II, S. 214.

463) Scheurl, Bemerk. S. 117.

464) Nach dem revidirten franz. Code v. J. 1832 (Art. 347) soll das Ver-

Sie nimmt dem Verdicte den — man möchte sagen — collegialen Ausdruck und macht es zu einer Entscheidung Einzelner. Der Obmann der Jury verkündet das Ergebniß der Berathung als ein Ganzes. Die Art, wie es zu Stande gekommen, gehört zu der Berathung und diese soll, aus guten Gründen, geheim bleiben. — Ist die Bemerkung der Stimmenzahl auf dem Fragebogen vorgeschrieben, so muß sie wenigstens da, wo z. B. bei sieben gegen fünf die Entscheidung des Gerichtes eintritt, als ein wesentliches Requisit betrachtet werden[465]). Ist das Ergebniß der Abstimmung unrichtig aufgezeichnet worden, so hat der Gerichtshof, wenn er den Fehler bemerkt, die Jury zur Verbesserung desselben in das Berathungszimmer zurückzuschicken[466]).

Zur Abgabe des Verdictes (welche in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt) verfügen sich die Geschworenen in den Sitzungssaal zurück. Der Obmann verliest, auf Aufforderung des Präsidenten, das Verdict, nach Wiederholung der gestellten Fragen. Die Einleitungsworte sind meistens der französischen Formel (sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes, la declaration du jury est:) nachgebildet[467]). Bei der Vorlesung müssen sämmtliche Geschworene zugegen sein; bei der Publication des Urthels des Gerichtes ist die Anwesenheit derselben nicht gerade unbedingt nöthig[468]). Es kann kein Geschworener, nachdem die Jury das Zimmer verlassen, wegen ihm nachträglich beigehender Zweifel die Wiederaufnahme ihrer Berathung verlangen[469]).

Eine eigenthümliche Erscheinung bleibt die Thatsache, daß die Gerichte häufig die Verdicte der Jury durch willkürliche Combinationen ergänzen und erläutern, und bei in solchen Fällen fast unausbleiblichen Nichtigkeitsbeschwerden auch der Cassationshof in solche Erörterungen sich vertieft[470]). In der Regel ist die Dunkelheit durch die Unbestimmtheit der Frage veranlaßt und kann durch Aufforderung an die Jury zur

---

dict bekannt gemacht werden, sans que jamais le nombre de voix puisse y être exprimé. Eine Verletzung dieser Vorschrift zieht die Cassation nach sich.

465) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 201, 357. Dies gilt auch von der Verneinung der mildernden Umstände. Goltdammer Bd. II, S. 401.

466) Würth a. a. O. S. 587.

467) Nach dem badischen G. §. 100: Die Geschworenen haben nach Pflicht und Gewissen die an sie gestellten Fragen beantwortet wie folgt: — Braunschweig. §. 145: Auf unseren Eid versichern wir, daß die freie und gewissenhafte Ueberzeugung der Geschworenen dahin geht ꝛc. Die frühere österr. StrafPO. §. 336 wie die badische, jedoch mit Einschiebung der Worte: „vor Gott" nach „Gewissen".

468) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 58, — wohl aber sehr zweckmäßig, da z. B. bis zur Publication die Jury zur Verbesserung des Verdictes noch veranlaßt werden kann. Vgl. oben betreffs der Mitglieder des Gerichtshofes.

469) Vgl. auch österr. StrafPO. v. 1850 §. 336.

470) Vgl. noch Volkmar, Jurisprudenz des rhein. Cassationshofes zu Berlin S. 291. Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. I, S. 421. Jahrg. VI, Bd. I, S. 36 flg. — Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 534.

Erklärung beseitigt werden. Die Interpretation durch das Gericht ist völlig willkürlich und gewiß nicht selten der Intention der Jury nicht entsprechend[471]). Auch bei nur theilweiser Bejahung der Frage wird bisweilen der Versuch gemacht, aus den bejahten Thatsachen unter Hereintragung von Momenten, welche zum Thatbestande gehören, aber nicht zum Gegenstande der Haupt- oder einer eventuellen Frage gemacht worden sind, die Annahme des Verbrechens zu construiren[472]). Ist die Frage bejaht worden, so kann dessenungeachtet der Angeklagte losgesprochen werden, wenn die That durch kein Strafgesetz getroffen wird[473]). Hierin liegt der Satz, daß die Geschworenen nur über die Thatfrage urtheilen sollen. Ebenso ist hierdurch die freie Stellung des Gerichtes, gegenüber dem Anklageerkenntnisse, von neuem anerkannt. Derartige Freisprechungen werden vorzüglich dann vorkommen, wenn durch den Ausspruch der Geschworenen an den im Verweisungserkenntnisse aufgeführten, den Thatbestand des vorausgesetzten Verbrechens bildenden Thatsachen solche Aenderungen erfolgt sind, daß die von den Geschworenen noch als vorhanden anerkannte That nicht mehr strafbar erscheint. Ebenso bei theilweisen Bejahungen der Frage. Der Fall kann sich auch so gestalten, daß ein, lediglich der Cognition des Gerichtes anheim fallender und von diesem für bewiesen erachteter Umstand die durch den Schuldausspruch an sich verwirkte Strafe ausschließt[474]); z. B. bei eingetretener Verjährung. Auch können Nebenumstände, auf welche die Frage nicht mit gerichtet worden, trotz der Bejahung der Schuldfrage, das Herabgehen auf ein geringeres Verbrechen rechtfertigen[475]). — Eine eigenthümliche Collision kann infolge der Trennung der That- und Rechtsfrage insofern noch entstehen, als selbst im Falle der Bejahung der Thatfrage die Richter den Thatbestand des angeschuldigten Verbrechens in den bewiesenen Thatsachen nicht finden, wohl aber vielleicht den eines geringeren Verbrechens; z. B. wenn die Richter bei einer Auflösung des Begriffes Urkunde im Falle der Bejahung nicht das angeklagte Verbrechen der Urkundenfälschung, sondern das des geringer zu ahnenden Versuches eines Betruges annehmen würden[476]).

Die Frage, ob das Gericht befugt sei, nachträglich, wenn bereits die Jury ihr Verdict abgegeben hat, infolge desselben anderweite Frage zu stellen, ist verneint worden[477]).

---

471) Vgl. die Entscheidung des OAGerichtes zu München in Fertig's Sammlung Heft 3, S. 16, welche erheblichen Bedenken unterliegt.

472) Vgl. die (richtigen) Entscheidungen des Obertrib. zu Berlin (Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 418 und S. 420) und des Cassationshofes zu Wolfenbüttel (Braunschw. Zeitschrift 1855 S. 29).

473) Abegg, im Gerichtss. Jahrg. II, Bd. I, S. 459. Mittermaier daselbst Jahrg. IV, Bd. II, S. 233.

474) Würth, Commentar S. 594 flg.

475) Vgl. den Fall im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. II, S. 235.

476) Vgl. hierüber Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 667.

477) Heuser, Entscheid. des OAGerichtes zu Kassel Bd. V, S. 770 flg.

Die Vorlesung und Prüfung der Antwort der Jury erfolgt in Abwesenheit des Angeklagten, welcher erst nach deren Erfolg wieder in den Sitzungssaal geführt wird. Demselben wird das Verdict nunmehr durch den Gerichtsschreiber vorgelesen und verkündet.

Ist von der Jury ein Nichtschuldig ausgesprochen, so erfolgt nach dem französischen Rechte eine lossprechende Ordonnanz des Präsidenten. Ist jedoch nach der Ansicht des Gerichtshofes bei einem Schuldig die für bewiesen angesehene Handlung nicht strafbar, so erfolgt ein freisprechendes Erkenntniß des Gerichtshofes. Im ersteren Falle ist eine Freisprechung von der Anklage (acquittement), im letzteren eine Lossprechung (absolution) vorhanden. Die letztere bedarf besonderer Motivirung. Die teutschen Gesetze [478]) erfordern jedoch auch im ersteren Falle ein Erkenntniß des Gerichtshofes und kennen in der Formel der Freisprechung keinen Unterschied [479]). — Ist ein Verdict auf Schuldig — gänzlich oder theilweise — gesprochen worden, so hat der Gerichtshof, wenn er im übrigen formell und materiell kein Bedenken gegen das Verdict hat, nach vorgängigem Gehör des Staatsanwaltes, welcher seine Anträge stellt, und des Vertheidigers, über die Strafbarkeit, die Subsumtion unter das Gesetz und die Strafhöhe zu entscheiden. Ein Zurückgehen der Parteien auf die, durch das Verdict entschiedene Schuldfrage ist unzulässig.

Es scheint hier der Punkt zu sein, noch einige andere Mittel zu besprechen, durch welche man eine Sicherheit gegen ungerechtfertigte Verdicte der Jury zu erlangen hoffte [480]). Der Vorschlag, daß dem Vorsitzenden auch der Vorsitz bei den Berathungen der Geschworenen übertragen werde [481]), führt nothwendig, auch wenn man dem Präsidenten natürlich ein Stimmrecht nicht einräumen will, zu einem überwiegenden Einflusse des Vorsitzenden auf die Entscheidung der Jury und legalisirt die Schwäche derselben, indem man ihr zu Hilfe kommt, dadurch aber die Jury in der Unmündigkeit erhält, statt sie zu kräftigen. Nimmt man aber an, daß die Jury an das Votum des Präsidenten sich nicht binden werde, so wird leicht die Autorität desselben untergraben und möglicherweise eine Verstimmung zwischen ihm und der Jury erzeugt, die fortwirkt und nachtheilig sein muß. Man hat mit Recht

---

Vgl. Goltdammer Bd. II, S. 88, 401. — Eine Verbesserung eventueller Fragen in Betreff der Redaction derselben, als sich die unrichtige Auffassung derselben durch die Jury ergab, ist für zulässig erachtet worden. Fertig, Sammlung ꝛc. Heft 3 (von v. Völdernborff) S. 13. Sitzungsberichte Bd. III, S. 148.

478) Ausgenommen Großh. Hessen Art. 189. Nassau Art. 186. Braunschweig §. 150.

479) S. jedoch vorstehende Anm.

480) Ueber den Mangel eines gehörigen Zusammenwirkens der Richter und Geschworenen Hefter, im Criminalarchiv 1852 S. 11 flg.

481) Vgl. bes. die lehrreichen Verhandlungen der preuß. II. Kammer über das Gesetz von 1852 (Materialien ꝛc. S. 563 flg.).

dem Präsidenten das Befugniß, in das Berathungszimmer der Jury zu gehen und derselben Erläuterungen über den Sinn der Fragen u. s. w. zu geben, theils überhaupt nicht, theils nur in beschränkter Maße zugestanden, weil man die Unabhängigkeit der Jury auch vor dem Scheine eines Einflusses bewahren und dem Vorsitzenden selbst seine unparteiische Stellung sichern wollte[482]). Noch weniger könnte eine solche Leitung der Jury durch den Präsidenten das Vertrauen zu ihrer Unbefangenheit sichern und ihn möglicherweise in Conflicte mit der Staatsanwaltschaft und der Regierung selbst bringen. — Ein anderes Mittel findet man in dem Schlußvortrage des Präsidenten[483]). Wir wollen hier die Gründe für und wider dasselbe, insbesondre in seiner französischen Auffassung, nicht wiederholen. Immerhin wird in demselben, wenn man ihm einigen Einfluß auf die Entscheidung der Jury gestatten will und muß, ein bedenkliches Zugeständniß in Betreff der Ansichten über die Fassungskraft der Jury, welche einer solchen Unterstützung in ihrer Rathlosigkeit bei der Schwierigkeit oder dem Umfange der Sache bedürfe, und eine Einmischung des Präsidenten in die Thätigkeit der letzteren liegen. In England wird bei den vorhandenen Beweisregeln die Angabe und Erläuterung derselben den hauptsächlichsten Theil und Zweck des Schlußvortrages bilden und dadurch, dafern die Jury sich durch den letzteren bestimmen läßt, ein wichtiger Theil der Entscheidung in die Hände des Richters gelegt werden[484]), während in Frankreich und Teutschland die Relation der thatsächlichen Ergebnisse neben der Erläuterung der Fragen in Hinblick auf die Emancipation von jeder Beweisregel die Hauptsache ist und einen ganz anderen Charakter annimmt[485]). Schon durch die Reihenfolge in der Aufzählung der Ergebnisse in dem Resumé, wird bei aller Vorsicht des Präsidenten, ihm selbst unbewußt, auf die Jury leicht eingewirkt werden. Auch steht es ja lediglich in seinem Ermessen, was er als erheblich recapituliren, dagegen als unerheblich weglassen will. Hierbei wird ihn seine eigene Ueberzeugung über den Schuldbeweis nothwendig leiten und durch diese das Resumé seine Färbung erhalten. Er greift sonach in die, ausschließ-

482) Vgl. insbes. hier Busch, in den N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. VI, S. 362 und Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. I, S. 28.

483) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. I, S. 30 flg. Feuerbach, Betrachtungen rc. Bd. II, S. 464. Schlinck, Gerichtss. ebd. S. 363 flg. Schäffer ebd. Jahrg. III, Bd. II, S. 164 flg. Reichmann ebd. Jahrg. V, Bd. II, S. 259 flg. und besonders die trefflichen Ausführungen Goltdammer's in s. Archive Bd. I, S. 338 flg. (Die Praktiker stimmen meistens für das Resumé.) Vgl. noch Möhl, das Geschwornengericht S. 128. Arnold, Gerichtssaal Jahrg. 1852 Bd. II, S. 278. Kräwel, Criminalarchiv 1854 S. 435. Würth, Commentar rc. S. 550.

484) Vgl. die Bemerkungen in d. preuß. Kammerverh. (angez. Materialien S. 572 flg., 581). Ueber diese Rechtsdirection ist schon oben gesprochen worden. Die gewohnte Befolgung derselben Seiten der Jury ist Sache des Vertrauens.

485) Vgl. jedoch Goltdammer a. a. O. und die angez. Materialien S. 569, 579, 587 flg. Würth, Commentar rc. S. 551.

lich der Jury vorbehaltene Entscheidung der Thatfrage ein[486]), was um so bedenklicher ist, als er leicht, bei seiner vollständigen Kenntniß der Voruntersuchung, die Ergebnisse dieser mit denen der mündlichen Verhandlung verbindet und als ein Ganzes behandelt. Allerdings wird das Resumé unter der Controle der Oeffentlichkeit gegeben. Allein dieselbe ist nicht geeignet, derartigen (um so zu sagen) feineren Einwirkungen auf die Jury, welche in ihrer äußeren Form ebensowenig als nach dem Bewußtsein des Präsidenten auch nur den Schein einer Pflichtwidrigkeit an sich tragen, entgegenzuwirken. Selbst das Befugniß des Vertheidigers und des Staatsanwaltes, bei thatsächlichen Irrthümern des Präsidenten, Berichtigungen u. s. w. zu verlangen, muß eher zu unangenehmen Conflicten und Debatten führen, als daß es obige Bedenken beseitigen kann[487]). Mit allen solchen Mitteln wird das innige Verhältniß zwischen Gericht und Jury, dessen Bedeutung man vollständig erkennt, nicht herbeigeführt. Dasselbe muß vielmehr aus der Zeit selbst und insbesondre aus dem gegenseitigen Verhalten der Richter und der Geschworenen emporwachsen. — Noch bedenklicher ist jedenfalls die Einrichtung, nach welcher in dem Falle, wenn die Geschworenen mit sieben Stimmen den Angeklagten schuldig finden, die Richter des Assisenhofes über den Fall berathen, und die Meinung der Mehrheit der Jury nur dann entscheidet, wenn ihr die Mehrheit der Richter beitritt[488]). Es wird hierdurch eine besondere Klasse von Verdicten

486) Vgl. noch (Ruppenthals) Materialien zur Revision rc. S. 248 flg. Die teutschen Strafproceßgesetze haben das Resumé adoptirt, ausgenommen das braunschweigische Gesetz, welches es völlig ausschließt und das bayerische Gesetz von 1848 §. 171, welches den Schlußvortrag darauf beschränkt, daß der Vorsitzende den Geschworenen nur die Merkmale, welche das Gesetz zum Thatbestande der den Gegenstand der Anklage bildenden Uebertretung fordert, auseinandersetzen und diejenigen Punkte, auf welche sie ihre Aufmerksamkeit zu richten haben, bezeichnen soll, ohne jedoch in die Beweise der Thatsachen einzugehen. Vgl. noch Fertig a. a. O. S. 68. — Vgl. noch über die politische Auffassung der Frage Bucher a. a. O. S. 209 und über die Erfahrungen in Nassau Reichmann ebd. Jahrg. V, Bd. II, S. 8. — Der neue bayer. Entw. v. J. 1851 Art. 470 schreibt das Resumé wieder vor, ohne auf nachtheilige Erfahrungen betreffs der jetzigen Einrichtung sich beziehen zu können.

487) Eine Nichtigkeitsbeschwerde kann ohnedem hierauf nicht gestützt werden. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 87. Sitzungsber. der bayer. Strafg. Bd. I, S. 343 flg. Heuser, Entsch. des OAG. zu Kassel Bd. V, S. 760. Wenn in dem Resumé zugleich die Erläuterung der aufzustellenden Fragen enthalten sein soll, diese aber erst nach dem Resumé formulirt und hierbei die Anklage und Vertheidigung mit ihren Einwendungen gehört werden, so paßt nicht selten die definitive Fragstellung nicht völlig zu dem Resumé oder findet in ihm nicht ihre völlige Erläuterung. Nach dem Genfer Gesetze von 1844 Art. 51 geht die Fragstellung dem Resumé voraus. Schwarze, die Reform des Strafverf. rc. S. 80 flg. Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 219.

488) Ueber diese frühere französische Einrichtung vgl. noch Ruppenthal a. a. O. S. 261. Mittermaier, das teutsche Strafverf. Bd. II, S. 579. (Ueber Rheinpreußen und Rheinbayern) und (über Belgien) Nypels, in der krit. Zeitschr. f. d. Gesetzg. d. Ausl. Bd. XXII, S. 907. In Teutschland hat jetzt

geschaffen, bei denen der Assisenhof (welcher hier ohne Gründe entscheidet[489])) an die Stelle der Geschworenen tritt[490]) und hierdurch ebensowohl die Stellung des Assisenhofes als die der Jury verfälscht[491]), letzterer aber ein bequemes Auskunftsmittel geboten, die Verantwortung von sich auf die rechtsgelehrten Richter zu wälzen[492]). Will man die einfache Majorität zum Schuldausspruche der Jury nicht für genügend erachten, so erhöhe man dieselbe, ohne jedoch die Entscheidung selbst ihr thatsächlich zu entziehen. Einen eigenthümlichen Conflict zeigt der von Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 407 referirte Fall, wo die Geschworenen die Hauptfrage mit sieben gegen fünf Stimmen bejahten und der Gerichtshof der Minderheit beitrat und nun die Majorität der Geschworenen die eventuelle, für den Fall der Verneinung der Frage bestimmte Frage bejahte[493]). Aehnliche, wenngleich minder wichtige Bedenken erheben sich gegen die französische[494]) und in sämmtliche teutsche Gesetzgebungen übergegangene Vorschrift, nach welcher die Richter, wenn sie bei einem Schuldig der Jury sämmtlich von der Irrigkeit desselben in der Hauptsache überzeugt sind, die Entscheidung aussetzen und die Sache zur anderweiten Verhandlung an ein anderes Schwurgericht verweisen können[495]). Dieses Recht bezieht sich nur auf den Fall eines Irrthums in der Hauptsache[496]). Unter der letzteren sind alle jene factischen Momente verstanden worden, welche nach dem

---

Preußen (V. v. 1849 §. 111) und Großh. Hessen (G. v. 1849 Art. 185) diese Einrichtung beibehalten. Ueber die Erfahrungen in Preußen vgl. Gerichtssaal 1852 Bd. I, S. 393.

489) Vgl. hierüber Abegg, Criminalarchiv 1851 S. 326. Mittermaier, im Mag. für hannöv. R. a. a. O. und im Gerichtssaale 1852 Bd. I, S. 396.

490) Vgl. hierüber Mag. f. hannöv. R. Bd. I, S. 340 flg.

491) Ruppenthal, Materialien rc. S. 262 flg.

492) Völlig verschieden hiervon ist das Befugniß des Gerichtshofes, bei Undeutlichkeiten, Widersprüchen oder Unvollständigkeit des Verdicts die Jury zur Verbesserung desselben aufzufordern. Eine Aenderung in der Fragstellung selbst, insbes. Beifügung einer Zusatzfrage ist hier unzulässig. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 88.

493) Hier hatte die frühere Majorität infolge der Entscheidung des Gerichtes ihre Meinung aufgegeben; indem außerdem die event. Frage zu verneinen gewesen. — Vgl. noch Goltdammer ebd. Bd. II, S. 241, 669.

494) Siehe über die hierbei in Frage kommende englische Einrichtung Mittermaier, das engl. Strafverf. S. 529, 535. In praxi ergeben sich hier nicht selten dann Schwierigkeiten, wenn der Irrthum nur auf eine von mehreren Fragen sich bezog und nunmehr die neue Jury über die ganze Sache wieder verhandeln muß. — Vgl. insbes. noch Sitzungsberichte Bd. V, S. 147. Hannöv. Mag. Bd. I, S. 340. Ruppenthal S. 263 flg.

495) Stemann, die Jury S. 381. Köstlin, das Geschwornengericht S. 210. Vgl. noch Sitzungsberichte der bayer. Strafg. Bd. I, S. 251. Bd. V, S. 147. — Im allgemeinen ist von diesem Rechte selten Gebrauch gemacht worden, — in einzelnen Ländern, z. B. Baden, Nassau, — s. oben — in Braunschweig (Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. I, S. 19) noch gar nicht.

496) Vgl. z. B. bayer. G. Art. 212.

betreffenden Strafgesetze zu dem Thatbestande des in Frage stehenden Verbrechens erforderlich sind und welche, als durch den Wahrspruch unumstößlich festgestellt, die Verurtheilung des Angeklagten zur nothwendigen Folge haben müßten[497]. Der Gerichtshof kann — wie die französische und bayerische Spruchpraxis angenommen[498] — von diesem Rechte bis zur Fällung des Erkenntnisses, somit auch nach Verkündung des Wahrspruches an den Angeklagten, Gebrauch machen. Bei der anderweiten Verhandlung darf keiner der früheren Geschworenen mitwirken. Ebenso können die zu Gunsten des Angeklagten bereits entschiedenen Thatumstände nicht weiter zum Gegenstande der Anklage gemacht und müssen daher so, wie sie entschieden sind, als bereits bewiesen angesehen und in die Anklage aufgenommen werden[499]. Bei dem Ausspruche der anderweiten Jury hat es jedenfalls sein Bewenden und kann der Gerichtshof das gedachte Befugniß nicht ausüben[500].

Wir kommen hierbei auf die Frage über die Einstimmigkeit der Jury. Die geschichtliche Rechtfertigung dieses Erfordernisses ist oben mitgetheilt. Ebenso geben wir zu, daß man zu demselben wohl gelangen kann, wenn man in dem Verdicte die Vertretung des Gewissens des Angeklagten oder das Zeugniß der Gemeinde findet[501]. Wie jedoch der erstere Gesichtspunkt wohl keine allgemeine Billigung erlangt hat, so ist auch der letztere nicht mehr maßgebend. Auch in England ist gerade diese Einrichtung neuerdings vielfach getadelt worden[502]. Die Gründe, welche nicht selten für sie aus der Natur der Sache und aus dem Bedenklichen eines Majoritätsbeschlusses überhaupt entlehnt werden, beweisen zu viel[503]. Die wichtigsten Entscheidungen der rechtsgelehrten Richter in Straf- und bürgerlichen Streitsachen ebenso wie die aller übrigen collegialen Behörden und Corporationen werden nach Stimmen-

---

497) So entschied das OAGericht zu München (Zeitschr. für Gesetzg. rc. Bd. I, S. 58).

498) Würth a. a. O. S. 588 u. vorsteh. Anm.

499) Würth a. a. O. Scheurl, Bemerkungen S. 124. Auch kann die spätere Entscheidung nicht auf Mitangeklagte rückwärts wirken, betreffs deren die Aussetzung nicht beschlossen worden. Würtemberg Art. 170 und die übrigen Gesetzgebungen.

500) Daß im allgemeinen zeither in Teutschland äußerst selten von diesem Rechte Gebrauch gemacht worden, ist schon oben bemerkt worden. Uebrigens bemerkt Arnold, im Criminalarchiv 1854 S. 243 betreff Bayerns, daß (von 1848 bis 1854) in den, daselbst vorgekommenen Fällen nur einmal Seiten der zweiten Jury eine Freisprechung erfolgt sei.

501) Köstlin a. a. O. Leue, im Gerichtsf. Jahrg. I, Bd. I, S. 71 flg. Materialien der preuß. Kammerverh. S. 103 flg.

502) Vgl. noch Würth, Commentar S. 578 flg. Temme, Strafverf. S. 139 flg. In Teutschland hat nur das braunschweig. Gesetz §. 142 die Einstimmigkeit verlangt. Vgl. hierüber noch Degener, Commentar S. 88 flg. und die Erfahrungen im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. I, S. 16 flg.

503) Auch die Erfahrung hat das angebliche Mißtrauen in eine Majoritätsentscheidung der Jury nicht bestätigt. Vgl. z. B. Reichmann, im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. II, S. 356 flg.

mehrheit gefaßt[504]). Ein Mißtrauen in den Werth dieser Entscheidungen oder ein Forschen nach der Persönlichkeit der die Majorität und der die Minorität bildenden Mitglieder, wo die Abstimmung nicht öffentlich erfolgt ist, ist uns in der Praxis nicht vorgekommen. Bedenkt man überdies, wie diese Einstimmigkeit, nach den vorhandenen und in Hinblick auf die menschliche Natur glaubhaften Berichten, nicht selten erlangt wird, so bietet sie auch schließlich nicht die Garantie der Zweifellosigkeit, die ohnedem selbst bei einer Uebereinstimmung von zwölf Männern nicht nothwendig von allen übrigen, bei der Verhandlung gegenwärtig gewesenen Personen zugestanden werden wird. Wir erachten es für angemessen, daß durch eine erhöhte Majorität eine erhöhte Garantie geschaffen werde[505]), finden aber auch hierdurch für selbige genügend gesorgt. — Ueber Strafmilderungsgründe entscheidet durchgängig die einfache Majorität und bei Stimmengleichheit die mildere Meinung[506]).

Eine besonders wichtige Bedeutung erhält die Vertheidigung im neuen Verfahren. Die verkümmerte Wirksamkeit und Stellung derselben im schriftlichen Verfahren ist oft besprochen worden[507]). Ein großer Theil dieser Beschwerden findet überhaupt in der Mündlichkeit des Verfahrens von selbst seine Erledigung. Andererseits wird die Bedeutung der Vertheidigung durch die in der Staatsanwaltschaft liegende besondere Vertretung der Anklage wesentlich erhöht[508]). Eine besondere Berücksichtigung verdient sie im schwurgerichtlichen Verfahren[509]). Die Art und Weise, wie die Vertheidiger in diesem Verfahren ihre Aufgabe bisweilen zu lösen versuchen, ist nicht selten zu einem Angriffe auf die Jury selbst benutzt worden. Die Vertheidiger haben durch sog. schöne Reden, durch Wortverdrehungen und Spitzfindigkeiten die klare Anschauung der Sache bei der Jury zu trüben und mindestens

---

504) Vgl. noch Pixis, über den Werth der Stimmenmehrheit in der Rechtswelt. Gerichtssaal Jahrg. V, Bd. II, S. 89 flg.

505) Die Gesetzgebungen erfordern zumeist $^2/_3$ der Stimmen. Preußen und Großh. Hessen übertragen bei sieben verurtheilenden Stimmen den Ausspruch dem Gerichte. Hannover §. 189 läßt die Verurtheilung bei sieben Stimmen, ohne Concurrenz des Gerichtes, zu. Vgl. noch Arnold, im Arch. d. Criminalr. 1854 S. 242 flg. Würth, Commentar S. 580 flg. Holzinger, die Schwurgerichte 2c. S. 260 flg.

506) Bayern Art. 192. Preußen (1849) §. 111. Kurhessen §. 324. Baden, Gesetz §. 36. Würtemberg Art. 166.

507) Vgl. bes. Zachariä, die Gebrechen u. d. Reform d. teutschen Strafverf. S. 141 flg. Molitor, Zeitschr. f. teutsches Strafverf. Bd. III, S. 14 flg. Rühl, über die Stellung des Vertheidigers, in ders. Zeitschr. Bd. II, S. 362 flg. Eckert ebd. Bd. III, S. 113 flg. Insbesondre über Acteneinsicht: Bopp ebd. Bd. III, S. 85 flg. u. Scholz ebd. Bd. III, S. 436 flg.

508) Vgl. auch die Züricher Zeitschrift Bd. XVIII, S. 293.

509) Vgl. bes. die Abh. von Mittermaier, über die Vertheidigung im mündl. Verfahren, insbes. vor den Schwurgerichten; im Magaz. für die bad. Rechtspfl. Bd. I, S. 230 flg., 412 flg. Vgl. noch Stemann, im Gerichtsf. 1853 Bd. I, S. 221 flg. Hänle ebd. 1854 Bd. II, S. 38 flg. (mit spec. Beziehung auf Bayern).

in ihr das Mitleiden rege zu machen gesucht, um sie hierdurch zu einem Nichtschuldig selbst da zu bewegen, wo der Schuldbeweis vollständig geführt war. Daß dergleichen Mittel, an sich verwerflich, sehr oft den beabsichtigten Zweck verfehlen, ist eine bekannte Thatsache, und selbst Geschworene, welche noch nicht häufig zum Dienste berufen worden, haben mit Sicherheit und Festigkeit ihre Ueberzeugung vor solchen Angriffen zu bewahren gewußt[510]. Die Vertheidiger erzeigen der neuen Institution einen schlimmen Dienst, wenn sie in den Geschworenen Richter erblicken, welche, unfähig derartigen Einwirkungen zu widerstehen, durch sie entweder zu einer irrigen, dem Angeklagten jedoch günstigen Ueberzeugung, auch bei offenkundigen Schuldbeweisen oder wohl gar zu einer ihrem Eide und ihrer eigenen Ueberzeugung zuwiderlaufenden Freisprechung verlockt werden können. Die Vertheidiger speculiren hier auf die Schwäche oder selbst die Pflichtwidrigkeit der Jury[511]. Jedoch auch hier bricht sich, nach den vorliegenden Berichten, eine würdigere Auffassung der Stellung des Vertheidigers Bahn. Auf der anderen Seite mag nicht verkannt werden, daß die offenkundige Geringschätzung der Vertheidigung seitens mancher Richter die sittliche Hebung des Vertheidigers erschwert und seine Stellung in den Augen der Jury herabdrückt[512]. Die Gesetzgebung selbst läßt es nicht an Vorschriften fehlen, aus denen das Mißtrauen gegen die Vertheidiger hervorgeht und welche darauf berechnet sind, Mißbräuchen der ihnen eingeräumten Stellung zu Verdunkelung der Wahrheit entgegenzuwirken. Das Gericht wird durch solche Vorschriften in eine einseitige Parteistellung gedrückt, welche nun auch von dem Vertheidiger eingenommen wird. Es ist oft ein unerfreulicher Anblick, zu sehen, wie das Gericht ängstlich darüber wacht, daß der Vertheidiger seine Befugnisse nicht überschreite und bei jeder Einwendung desselben gegen das Verfahren eine gewisse Empfindlichkeit und Reizbarkeit zeigt, — wie dagegen andererseits der Vertheidiger mit unnützen Anträgen und Beschwerden das Gericht quält und belästigt und sich freut, das Gericht getäuscht oder doch hingehalten zu haben. Auch hier wird das Licht der Oeffentlichkeit alle Verstöße der Vertheidiger gegen die Ehre ihres Standes, gegen die Würde ihres Berufes und gegen die Grundsätze der Ehrlichkeit fernhalten. Der Vertheidiger wird sich bewußt sein, daß er nur im Interesse der Gerechtigkeit zur Mitwirkung bei der Beweisaufnahme berufen ist und daß es als ein Tadel, nicht als Lob zu erachten, wenn er durch unwürdige Mittel die Freisprechung eines Angeklagten, den er selbst für schuldig hielt, herbeiführte. Der Vertheidiger zeige in seinem Auftreten allenthalben dieses Bewußtsein und verschmähe mit

510) Vgl. hierüber die Mittheilungen von Bopp, im Gerichtssaale Jahrg. 1851 Bd. II, S. 178. Jahrg. 1855 Bd. I, S. 53.

511) Vgl. noch Merkel, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. I, S. 195.

512) Vgl. Piris, die gegenseitige Stellung der Anwälte und Richter ꝛc. Gerichtssaal 1852 Bd. II, S. 357 flg.

Ernst und Strenge jedes unwürdige Mittel, insbesondre ungegründete Beschwerden über das Gericht, aufhältliche und doch unerhebliche Anträge auf Beweisaufnahmen und sonstige Erörterungen[513]) und jeden Versuch, die Jury zu einem ihrem Eide zuwiderlaufenden Verdicte zu bewegen. Aber auch das Gericht ehre und achte die Stellung des Vertheidigers und zeige, daß es die Thätigkeit desselben als eine wesentliche Förderung zur Ermittelung der Wahrheit anerkenne und von diesem Standpunkte aus die Anträge und Einwendungen desselben beurtheile[514]).

In Schwurgerichtsfällen wird dem Angeklagten erst nach Rechtskraft des Verweisungserkenntnisses ein Vertheidiger bestellt. Die Gesetzgebungen von Nassau[515]) und Zürich[516]) gestatten ausdrücklich, daß der Angeklagte bereits während der Voruntersuchung eines Vertheidigers sich bediene, was z. B. das französische Gesetz nicht gestattet[517]). Die Zulassung des Vertheidigers im Vorverfahren wird allgemein als ein dringendes Bedürfniß erkannt[518]). Etwaige Mißbräuche dieses Befugnisses können diese Thatsache nicht beseitigen und lassen sich theils durch Präventivmaßregeln abwenden, theils durch Disciplinarstrafen an dem Vertheidiger ahnden. Ohnedem ist der nichtverhaftete Angeklagte in keiner Weise beschränkt, des Beirathes eines Vertheidigers sich zu bedienen. Die präparatorische Natur des Vorverfahrens kann als Gegengrund nicht angesehen werden, da durch die Verweisung zur Hauptverhandlung leicht, namentlich für den Gewerbsmann, bedeutende Nachtheile in Bezug auf seinen Credit entstehen können. Die Zulassung des Vertheidigers wird ferner nicht selten zu einer sofortigen Vervollständigung der Untersuchung und mit dieser zu einer Einstellung derselben führen, so daß hierdurch auch das Staatswohl, mindestens die Staatskasse, Vortheile erhält. Insbesondre ist das Recht zur Einwendung eines Rechts-

---

513) Vgl. hier noch Merkel, Welche Mittel stehen dem Präsidenten zu Gebote, Weitläufigkeiten rc. abzuschneiden? Gerichtssaal Jahrg. I, Bd. II, S. 244 flg. und über das Recht des Präsidenten, den Vertheidiger zur Ordnung zu rufen. Fertig, Sammlung rc. S. 67. Vgl. jedoch noch Hänle a. a. O. S. 50 Anm. Der Cassationshof zu Paris anerkennt das Recht des Vorsitzenden, dem Vertheidiger die Discussion des Rechtspunktes in dem Vortrage an die Geschworenen zu verbieten. (Vgl. Würth, Commentar S. 548.) Ein Ordnungsruf an den Staatsanwalt steht dagegen dem Vorsitzenden nicht zu. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 799.

514) Ueber die Vertheidigung im franz. Strafproc. Levita, Gerichtssaal Jahrg. II, Bd. I, S. 148 flg. in Verb. mit Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigung rc. S. 6 flg.

515) Vgl. hierüber Reichmann, im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. I, S. 218 flg.

516) §. 121. Rüttimann, die Züricher Gesetze §. 128.

517) Vgl. hierüber Levita a. a. O. Mittermaier, d. Mündlichk. rc. S. 212.

518) Vgl. Levita a. a. O. Hänle a. a. O. Bopp, Gerichtssaal Jahrg. II, Bd. I, S. 455 flg. v. Tippelskirch in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 330 flg.

mittels, und hier wieder vorzugsweise der Nichtigkeitsbeschwerde, gegen das Verweisungserkenntniß häufig illussorisch, wenn dem (verhafteten) Angeklagten der Beirath eines Rechtsverständigen verweigert wird.

Von Wichtigkeit ist hierbei, ob dem Vertheidiger in der mündlichen Verhandlung betreffs der Stellung von Fragen an die Zeugen u. s. w. gleiches Recht wie dem Staatsanwalte eingeräumt sei? Es ist nicht zu rechtfertigen, dem Letzteren die unmittelbare Fragstellung zu gestatten, wenn der Erstere verpflichtet ist, den Präsidenten um Stellung einer Frage an den Zeugen zu bitten, und der Präsident dieselbe ablehnen kann [519]). Das preuß. Recht begünstigt (G. v. 1852 Art. 76) gleichfalls den Staatsanwalt, hat jedoch (Art. 77) zugleich bestimmt, daß der Vorsitzende der Staatsanwaltschaft und dem Vertheidiger, auf deren übereinstimmenden Antrag, das Verhör der Zeugen überlassen könne [520]). Es hängt jedoch von seinem Ermessen ab, das Verhör jeder Zeit selbst wieder zu übernehmen [521]).

Sehr interessante Erörterungen sind durch die Frage über die Stellung der Sachverständigen, insbesondre der Aerzte, gegenüber der Jury, veranlaßt worden [522]). Es haben vorzugsweise die Aerzte [523]) darüber, daß die Jury, welche, obgleich sie aus Laien und häufig nicht einmal wissenschaftlich gebildeten Leuten zusammengesetzt, an das sachverständige, auf Erfahrung und Wissenschaft gebaute Gutachten nicht sich gebunden erachte, bittere Beschwerde geführt und mancherlei Vorschläge zur Abhilfe derselben gemacht. Man hat insbesondre verlangt, daß in Fällen technischer Begutachtung eine Specialjury niedergesetzt werde, die selbstständig oder im Verein mit der Urtheilsjury den betreffenden Theil des Wahrspruches fälle. Auch darin, daß man häufig den Sachverständigen wie einen Zeugen behandelt und ihm mitten in der Verhandlung Fragen zur sofortigen Beantwortung vorgelegt habe, deren Beantwortung nicht sogleich zu lösende Schwierigkeiten darbiete, hat man Grund zur Beschwerde gefunden. Andererseits ist es auch vorgekommen, daß, wenn mehrere Sachverständige berufen worden sind, unter ihnen ein unerquicklicher Streit über die wissenschaftliche Auffassung der Sachlage sich entsponnen hat und hierbei wiederum höhere

---

519) Vgl. noch den von Bopp, im Gerichtsf. Jahrg. III, Bd. I, S. 259 referirten Fall.

520) Vgl. die Kammerverhandlungen in den Materialien ꝛc. S. 55 flg.

521) Vgl. Dieterici in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 508, welcher bezeugt, daß wenig Gebrauch von dem Kreuzverhöre in Preußen gemacht werde. Vgl. auch ebd. Bd. I, S. 58.

522) Vgl. Mittermaier, über die Stellung der Sachverständigen, in Goltdammer's Archiv Bd. I, S. 14 flg.

523) Vgl. hierüber die Abh. der Medicinalräthe Schwarz (Gerichtssaal Jahrg. III, Bd. II, S. 447) u. Hohnbaum (ebd. V, Bd. I, S. 248 flg.) in Verb. mit Abegg (ebd. IV, Bd. I, S. 113 flg.) u. Krämel (ebd. a. a. O. S. 355), Polack, im Archiv ger. med. Fälle in Hannover Bd. I, Nr. I, sowie die bei Mittermaier S. 15 angeführten Schriftsteller.

Medicinalbeamten, gestützt auf ihre höhere amtliche Stellung, eine unbedingte Bevorzugung ihrer Ansichten vor denen ihrer in der Beamtenhierarchie niedriger gestellten Collegen beansprucht haben. Endlich ist es ebenfalls nicht selten vorgekommen, daß die Sachverständigen entweder wohlgefällig sich in fremdartigen Ausdrücken unnöthig ausgesprochen oder auch in so unbestimmten sich gehalten haben, daß eine unbedingte Adoption ihres Gutachtens füglich nicht erwartet werden konnte.

Der Satz von der Unumstößlichkeit des Verdictes der Jury, als der endlichen Entscheidung über die Schuldfrage, ist auch in die teutschen Gesetzgebungen übergegangen und keine derselben läßt ein materielles Rechtsmittel gegen das Verdict zu. Es ist bekannt, daß man mehrseitig gerade hierin einen bedenklichen Mangel des Verfahrens mit Schwurgerichten gefunden hat[524]). Es kann, bei dem Zwecke des gegenwärtigen Artikels, dahingestellt bleiben, ob gegenwärtig, wo in der Jury nicht mehr ein Zeugniß der Gemeinde gefunden, sondern ihr die Entscheidung über die ihr vorgeführten Beweise übertragen wird, der Ausschluß der Appellation durch die Aufgabe der Jury gerechtfertigt wird[525]). Jedenfalls würde bei dieser Frage die Natur und die Bedeutung des Verdictes der Jury in seiner Richtung auf die Schuldfrage (mit der Trennung der That- und Rechtsfrage) vorzugsweise in Betracht kommen und je enger die Auffassung dieser Bedeutung erfolgt, auch destoweniger aus ihr ein Grund gegen den Ausschluß der Appellation abgeleitet werden können. Eine ganz andere Frage ist es, ob überhaupt bei dem mündlichen Verfahren eine Appellation nöthig, ja ob sie überhaupt mit der Natur desselben vereinbar sei[526]). Jedenfalls beruhen mehrere Gründe, welche man für die Unumstößlichkeit des Verdictes der Jury vorzubringen pflegt, in der Berücksichtigung der Natur des mündlichen Verfahrens, nicht in der der Jury, wenngleich man ihnen betreffs der Entscheidungen der rechtsgelehrten Richter keine Geltung zugestehen will. Hierher gehören die Sätze, daß der Angeklagte nicht zweimal den Qualen des Verfahrens preisgegeben werden dürfe, — ne bis in idem u. s. w.

In Verbindung hiermit steht die Beschränkung der Staatsanwaltschaft betreffs der Nichtigkeitsbeschwerde[527]). Man stellt, soviel die

---

524) Müller, Lehrb. des Strafproc. S. 151 u. oben.

525) Vgl. noch Brackenhöft, im Gerichtssaale 1855 a. a. O. In Bayern war der Vorschlag gemacht worden, Appellation nachzulassen. Scheurl, Bemerk. S. 130 flg.

526) Vgl. hierüber Schwarze, die Reform 2c. S. 116 flg. in Verb. mit Walther, die Rechtsmittel S. 68 flg. Für die Berufung neuerdings Gerau, im Criminalarchiv 1854 S. 254 flg. Arnold ebendas. S. 238 flg., 246 flg. Mittermaier ebd. S. 299 flg. Merkel, Gerichtss. 1854 Bd. II, S. 377 flg., 409 flg. Neuerdings noch gegen den Ausschluß Marquardsen, in der krit. Zeitschr. f. d. ges. RW. Bd. II, Heft 3.

527) Vgl. noch Würth, Commentar S. 617 flg.

Verletzungen von Förmlichkeiten des Verfahrens bis zur Abgabe des Verdictes anlangt, die Regel auf, daß die Verletzung der Form nur in Beziehung auf das Interesse der Vertheidigung zum Gegenstande der Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden könne und erklärt, daß Nichtigkeit durch jede Verletzung einer Form erzeugt werde, deren Beobachtung möglicherweise ein anderes Ergebniß der Rechtsfindung im Interesse des Angeklagten hätte geben können[528]). Die Beschränkung der libre defense des parties entscheidet zu Gunsten des Angeklagten, insoweit nicht die Verletzung durch das Schweigen des Angeklagten geheilt ist (la nullité est couverte) und Nichtigkeiten des Vorverfahrens nicht gegen das Enderkenntniß geltend gemacht werden können[529]). Der Staatsanwaltschaft ist die Anfechtung des Verfahrens wegen Formverletzungen nur „im Interesse des Gesetzes" (dans l'interêt de la loi) gestattet[530]), dergestalt, daß die hierauf ergehende Entscheidung des Cassationshofes nur als ein Präjudiz desselben zu betrachten ist und keinen Einfluß auf die bereits erfolgte Entscheidung äußert.

Man hat diese Beschränkung der Staatsanwaltschaft[531]) nur für die Assisensachen eingeführt, dagegen — im französischen Rechte — sie für die Correctionelsachen nicht angenommen. Zu dieser Unterscheidung liegt kein genügender Grund vor[532]). Auch die teutschen Gesetzgebungen gestatten dem Staatsanwalte in den vor die Richtercollegien gewiesenen Sachen nicht nur die Berufung gegen das erstinstanzliche, auch freisprechende Erkenntniß, wobei mittels der Berufung alle Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden können, sondern auch die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das zweitinstanzliche Erkenntniß. — Allein die gedachte Beschränkung ist im allgemeinen nicht zu billigen und kann, wie bemerkt, auch aus dem Charakter des Geschwornengerichtes nicht gerechtfertigt werden. Im allgemeinen ist zu gedenken, daß die processualen Vorschriften nicht blos zu Gunsten der Vertheidigung ertheilt sind, sondern überhaupt die Herstellung der Wahrheit vermitteln sollen. Auch die bürgerliche Gesellschaft hat ein sehr wesentliches Interesse an der Beobachtung dieser Vorschriften und kann verlangen, daß der Angeschuldigte nur dann freigesprochen werde, wenn seine Straflosigkeit in der

528) Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. I, S. 348 flg. (Vgl. das. u. bei Würth, Commentar S. 618 flg. die Zusammenstellung der Vorschriften der teutschen Legislationen). Ueber das bayerische Recht vgl. Sitzungsber. der bayer. Strafgerichte Bd. IV, S. 133. Petersen, Gerichtss. Jahrg. I, Bd. II, S. 52 und über das würtemb. Holzinger, die Schwurger. S. 277 flg.

529) Mittermaier a. a. O. S. 320, 475 flg. Scheurl, Bemerk. S. 134.

530) Vgl. noch Bayern Art. 254. Hannover §. 220. Würtemberg Art. 195 sowie die Mittheilung von Bopp, im Gerichtssaale Jahrg. III, Ergänzungsheft S. 107 flg.

531) Für dieselbe noch Würth, Commentar rc. S. 635.

532) Ruppenthal, Materialien rc. S. 342 flg.

gesetzlich bestmmten Form ermittelt worden[533]). Verletzungen derselben, welche auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme einwirken und dadurch das Urtheil selbst mit bestimmen, sind Verletzungen der Gerechtigkeit, gleichviel ob das Interesse der Vertheidigung oder das der Anklage gefährdet ist. Mit dergleichen Beschränkungen wird vom Anfang an die Anklage als eine Parteisache bezeichnet und die Freisprechung des Angeklagten als ein Sieg desselben über den Parteigegner, nicht als ein Act der Gerechtigkeit charakterisirt. Eine auf ein ungiltiges Verfahren sich stützende Entscheidung ist eben deshalb selbst ungiltig. Das Staatswohl verlangt eine in den gesetzlichen Formen sich bewegende Untersuchung und eine hierauf gegründete Entscheidung, gleichviel ob sie eine Lossprechung oder Verurtheilung enthält[534]). Die Gesetzgebungen Thüringens (Art. 306, 332), Kurhessens (§. 352, 355 flg., 390 flg.), Hannovers (§. 215) und Braunschweigs (§. 158 flg., 167) haben diese Beschränkung der Staatsanwaltschaft nicht anerkannt[535]).

Jedenfalls sollte der Staatsanwaltschaft die Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht versagt werden, wenn durch die Zusammensetzung des Schwurgerichtes (sei es betreffs der Geschwornenbank[536]), sei es betreffs der rechtsgelehrten Richter) oder durch die Stellung oder Nichtstellung von Fragen an die Geschworenen eine Nichtigkeit begründet wird. Es wird zu jedem Erkenntnisse in Schwurgerichtsfällen vorausgesetzt, daß das Gericht zur Erlassung desselben zuständig gewesen und daß die Fragstellung, auf welcher das Verdict und mit diesem das Erkenntniß beruht, den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Dies ist insbesondre von der preuß. Gesetzgebung in dem Gesetze v. 1852 Art. 109 anerkannt. Wird die Anklage durch die gestellten Fragen nicht erschöpft, so liegt jedenfalls eine unvollständige Entscheidung vor, und es ist eine offenbare Inconsequenz, auf Grund solcher Entscheidung eine Freisprechung für unfehlbar zu erklären und auch auf solche Punkte auszudehnen, auf welche das Verdict sich gar nicht erstreckte. — Andere Gesetzgebungen lassen die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes

---

533) Ruppenthal a. a. O. Schwarze, die Reform S. 126. Sind freilich die Formen nur auf den Schutz der Vertheidigung berechnet, so würde sich die Beschränkung von selbst rechtfertigen (Scheurl, Bemerk. S. 133 flg.); — dies läßt sich jedoch in der Allgemeinheit nicht behaupten und am wenigsten sagen, daß nur diejenigen Formen, welche in Schwurgerichtssachen gesetzlich bestimmt sind, nicht auch die in den übrigen Sachen bestimmten, zum Schutze der Vertheidigung verordnet seien.

534) Vgl. die allg. Bemerkung Schlink's im Gerichtssaale 1851 Bd. II, S. 217.

535) Vgl. noch preuß. Entw. §. 446, 448. Abegg, Bemerk. zu demf. S. 183 flg. Verlangt das Staatswohl bei den Correctionelurtheln die Gleichstellung des Angeklagten und des Staatsanwaltes, so ist das Staatswohl wohl auch maßgebend, wenn z. B. nicht vier, sondern fünf Jahre Freiheitsstrafe in Frage kommen.

536) Würth, Commentar S. 622 flg.

wenigstens dann zu [537]), wenn eine Formverletzung bei der Fällung des Urthels stattgefunden hat, noch andere, wenn das Urtheil von dem nicht auf gesetzliche Weise besetzten Gerichte oder von Richtern, die nicht allen Verhandlungen angewohnt haben, ausgegangen ist [538]).

Bei den freisprechenden Entscheidungen wird rücksichtlich der Anfechtungen der Staatsanwaltschaft zu unterscheiden sein zwischen der freisprechenden Ordonnanz des Präsidenten, welche auf das Nichtschuldig der Jury gefolgt, und dem freisprechenden Erkenntnisse des Gerichtes, welches bei einem Schuldig der Jury auf den behaupteten Mangel eines anwendbaren Strafgesetzes gestützt ist. Gegen die freisprechende Ordonnanz, an deren Stelle (wie oben bemerkt) in den teutschen Gesetzen gleichfalls das Erkenntniß des Gerichtes getreten ist, steht dem Staatsanwalte keine Nichtigkeitsbeschwerde zu, da sie auf dem unumstößlichen Verdicte der Jury beruht, — wohl aber in dem anderen Falle, wo durch die Cassation des Erkenntnisses das Verdict selbst nicht betroffen, vielmehr die Subsumtion der in demselben für bewiesen erachteten Thatsachen unter das Gesetz angefochten wird. Als besonders zweifelhaft stellt sich hierbei der Fall heraus, wo der Angeklagte zwar in der Hauptsache für schuldig, jedoch der erschwerenden Umstände (welche die That zu einem vor die Jury gehörigen Verbrechen erheben) für nichtschuldig erklärt worden ist [539]); z. B. bei der unter erschwerenden Umständen begangenen Körperverletzung. Wenn hier zwar ein Schuldig betreffs der Körperverletzung erfolgt, jedoch die erschwerenden Umstände verneint werden, so fragt sich, ob hier eine Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes zulässig sei, da diese nur durch ein Nichtschuldig der Jury ausgeschlossen und im vorliegenden Falle der A s s i s e n h o f das freisprechende Erkenntniß ertheilen wird. Das Obertribunal zu Berlin hat in der Verneinung der erschwerenden Umstände eine partielle Nichtschuldigerklärung umsomehr gefunden, als die strafbare Handlung durch den erschwerenden Umstand erst die Qualification als V e r b r e c h e n erhalte.

Mehrere Gesetzgebungen beschränken die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes auf den nur gedachten Fall, wenn der Gerichtshof den für schuldig erklärten Angeklagten aus dem unrichtigen Grunde freigesprochen hat, weil die Handlung, deren er für schuldig erachtet worden ist, durch kein Gesetz mit Strafe bedroht sei [540]). Andere Gesetz-

---

537) Bayer. G. Art. 230. — Nichtigkeit wurde (wie bemerkt) angenommen, als nicht dieselben Richter, welche das Urtheil gefällt hatten, der Bekanntmachung beiwohnten. Sitzungsber. Bd. IV, S. 311. F e r t i g Erg. Heft 2, S. 20 flg.

538) Vgl. z. B. Würtemb. Art. 193.

539) Vgl. die interess. Erörterung in G o l t d a m m e r's Archiv Bd. III, S. 22 flg.

540) Vgl. Hannover §. 215, N. 7. Baden §. 115, II. Vgl. hierüber v. E c k e n b a h l, Blätter für Rechtspflege in Thüringen 1854 S. 379 flg.

gebungen[541]) gestatten überhaupt die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der Gerichtshof das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen angewendet hat, insbesondre auch wenn von ihm auf eine andere Strafart als das anzuwendende Strafgesetz bestimmt oder auf ein Strafmaß über oder unter dem gesetzlichen Strafmaße erkannt worden ist. Man hat hierbei die irrthümliche Beurtheilung von Thatsachen nicht geeignet gehalten, eine hierauf gestützte Subsumtion des Falles unter das Strafgesetz zum Gegenstande einer Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben. Die falsche Subsumtion soll nur dann Gegenstand einer Beschwerde sein können, wenn sie die Folge einer unrichtigen Gesetzesauslegung ist[542]).

Deshalb, weil der Sinn des Wahrspruches der Jury nicht klar erscheint, sondern dem Cassationshofe zu Zweifeln Anlaß giebt, soll — nach einer Entscheidung des Cassationshofes zu Stuttgart[543]) — das darauf gebaute Urtheil auch dann nicht cassirt werden können, wenn der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat.

Wird das frühere Verfahren vernichtet und die Sache zur nochmaligen Verhandlung vor ein Schwurgericht verwiesen, so wird die Bestimmung des Verhältnisses, in welchem das neue Verfahren zu dem früheren tritt, wichtig, z. B. die Frage, ob der Staatsanwalt Nachträge zu der Anklage, beziehendlich unter Erweiterung derselben, einbringen[544]), ob er die Vorlesung der früheren Aussagen des Angeklagten verlangen kann?[545])

Die außerordentlich harten Vorschriften des französischen Rechtes über das Verfahren gegen Abwesende sind zumeist von den teutschen Gesetzgebungen adoptirt worden. Insbesondre findet bei der Aburtheilung eine Mitwirkung der Jury nicht statt. Dagegen wird Vertheidigung zugelassen.

Bei der Frage über die Bedingungen der Wiederaufnahme einer entschiedenen Untersuchung herrscht ebenfalls keine Uebereinstimmung in den teutschen Gesetzgebungen[546]). Das französische Recht verordnet (Art. 360): Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être

541) Vgl. Bayern Art. 230, 232. Preußen (1852) Art. 107. Großh. Hessen Art. 270, B. 3.

542) Scheurl zu der bayer. Bestimmung (S. 138) bemerkt, daß der Ausdruck: unrichtige Anwendung des Gesetzes, nicht im weitesten Sinne genommen werden dürfe, vielmehr die Meinung des Gesetzes sei, daß nur, wenn sich die unrichtige Anwendung des Gesetzes als Verstoß gegen eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung auffassen lasse, die N. B. begründet sein solle. v. Eckendahl a. a. O.

543) Lebret, die Strafrechtspflege Würtembergs Bd. II, S. 231.

544) Mittermaier, im Gerichtsſ. Jahrg. IV, Bd. I, S. 423. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 182 flg.

545) Mittermaier a. a. O.

546) Arnold, im Gerichtsſ. Jahrg. III, Bd. I, S. 46 flg. Schwarze, im Archiv für das Criminalr. 1851 S. 554 flg.

reprise ni accusée à raison du même fait. Die Streitigkeiten über Auslegung der Worte du même fait sind bekannt[547]). Man hat geglaubt, daß, wenn die angeklagte Handlung aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte, als aus welchem sie bei der Freisprechung betrachtet wurde, für strafbar ansehen werden könne, die anderweite Verfolgung zulässig sei, und z. B. die Anklage gegen den wegen doloser Tödtung Freigesprochenen wegen culposer Tödtung zulassen wollen[548]). So Aufruhr und Widersetzung gegen die öffentliche Autorität. Hier ist jedoch allenthalben dieselbe That in Frage und das Verdict umfaßt sie in allen ihren Richtungen[549]). Ist keine Frage auf das geringere Verbrechen, insbesondre die minder strafbare Willensrichtung an die Jury gestellt worden, so kann dies dem Freigesprochenen nicht zum Nachtheile gereichen[550]). Eine andere Frage ist, ob bei hinzutretenden neuen Indicien die Wiederaufnahme gegen den Freigesprochenen zulässig sein soll?[551]) Mehrere teutsche Gesetzgebungen verneinen die Frage[552]). Das Bedenkliche einer solchen Wiederaufnahme liegt theils in dem Charakter der Mündlichkeit überhaupt, theils in der Natur des Geschwornengerichtes, insbesondre auch in dem Mangel der Entscheidungsgründe[553]). Dessenungeachtet lassen sich die Nachtheile nicht verkennen, welche einer unbedingten Ausschließung der Wiederaufnahme entgegentreten. Auch haben die meisten Gesetzgebungen dieselbe theils weiter, theils weniger weit zugelassen. Es kommt auf die Voraussetzungen an, um ebensowohl jenen Bedenken möglichst abzuhelfen, als diesen Nachtheilen vorzubeugen[554]). Ist eine Verurtheilung erfolgt, so kann auch eine Wiederaufnahme zum Nachtheile des Verurtheilten in Frage kommen und zulässig erscheinen. Besonders sind hier spätere gerichtliche und außergerichtliche Zugeständnisse des Losgesprochenen und des Verurtheilten, Fälschungen und Unterdrückungen von Beweismitteln zu berücksichtigen. Die Gesetzgebungen Bayerns (§. 264)[555]), Würtem=

---

547) Vgl. bes. Mittermaier, im Criminalarchiv 1850 S. 499 flg.

548) So der Pariser Cassationshof und der Berliner Revisionshof sowie das belgische Gesetz v. 21. April 1850, welches dem Art. 360 die Worte beigefügt hat: tel qu'il a été qualifiée. Mittermaier a. a. O.

549) Vgl. auch die Entscheidung des OAGerichtes zu Celle im hannöv. Mag. Bd. III, S. 414 flg. Daniels, Grundsätze rc. S. 198.

550) Auf die übrigen vielfachen und praktischen Bedenken hat Mittermaier a. a. O. hingewiesen.

551) Vgl. Waser, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. II, S. 373 flg.

552) Bayern §. 263 (Fertig, Sammlung Erg. Heft I, S. 231). Großh. Hessen §. 190. Nassau §. 187. — Vgl. noch kgl. preuß. Justizministerialblatt 1853 S. 376.

553) Schwarze a. a. O.

554) Arnold und Schwarze a. a. O. Würth S. 665. Waser a. a. O.

555) Petersen, im Gerichtss. Jahrg. I, Bd. II, S. 56 flg. Arnold ebd. a. a. O. S. 52 flg.

bergs (§. 257 flg.)[556]), Großh. Hessen (§. 294 flg.), Nassau's (§. 280 flg.) und Hannovers (§. 221) haben, wenngleich zum Theil unter Verbesserung der französischen Vorschriften, dieselben im Hauptwerke adoptirt[557]). Noch beschränkter ist die Vorschrift der preuß. V. v. 1849 §. 151 flg., welche das Rechtsmittel der Restitution dem Verurtheilten nur gestattet, wenn er darzuthun vermag, daß das Urtheil auf eine falsche Urkunde oder auf die Aussage eines meineidigen Zeugen gegründet ist[558]). Andere Gesetzgebungen haben die Zulässigkeit der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurtheilten erweitert[559]). — Die Frage, inwieweit bei der Wiederaufnahme das frühere Verfahren zu erneuern und inwieweit insbesondre der Angeklagte bei einer Wiederaufnahme zu seinen Gunsten berechtigt sei, einer Reformatoria des früheren Erkenntnisses zu seinem Nachtheile zu widersprechen, kann hier nur angedeutet, nicht aber weiter verfolgt werden[560]).

Daß mit dem Dienste der Jury eine große Belastung der Berufenen verbunden ist, wird auch in Teutschland tief empfunden. Man liest zwar nur äußerst selten, daß einzelne Geschworene unter grundlosen Vorwänden ihrer Einberufung sich zu entziehen bemüht gewesen[561]). Aber desto häufiger vernimmt man darüber Klagen, daß durch die Einberufung das Gewerbe oder sonstige Geschäft des Geschworenen wesentlich beeinträchtigt werde, wenngleich im übrigen der Eifer und die Treue der Einberufenen alle Achtung und Anerkennung verdiene[562]). Man

---

556) Holzinger, die Schwurgerichte ꝛc. zu §. 257.

557) Vgl. noch Kirchner, im Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. I, S. 192 flg. über einen dieser Fälle. Entscheidungen aus der bayer. Spruchpraxis in den bayer. Sitzungsberichten Bd. II, S. 465. Bd. V, S. 152.

558) Frantz, d. preuß. Strafproc. S. 270. Vgl. die Fälle bei Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 411 flg. Das Obertribunal läßt die Wiederaufnahme zu, wenngleich der Zeuge die falsche Aussage nicht beschworen hatte, als dieser ein Mitschuldiger war, der zum Eide nicht hatte gelassen werden können. Dagegen war kein anderer Weg, als der der Gnade offen, als ein Angeklagter infolge einer falschen, durch scheinbare Indicien unterstützter Selbstanklage (zum Tode) verurtheilt und nachträglich erst die Unwahrheit ermittelt worden war. (Goltdammer ebd. S. 738 flg.)

559) Vgl. z. B. Baden G. v. 5. Febr. 1851, welches sie auch bei falschen Urkunden und Bestechung eines Richters gestattet, — Braunschweig §. 173 auch außer falschen Urkunden und Zeugnissen, wenn der Verurtheilte seine gänzliche Unschuld durch directe neue Beweismittel darthun kann. — Kurhessen spricht §. 418 allgemein von neuentdeckten Thatsachen oder Beweismitteln, gestattet die Wiederaufnahme aber nicht dem in contumaciam Verurtheilten. In gleicher Allgemeinheit Thüringen Art. 338, 2.

560) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 414.

561) Vgl. die obigen Berichte von Mittermaier, Reichmann, Zentner, Brauer, sowie auch über Hannover von Bacmeister, im Mag. für hannöv. Recht Bd. I, S. 145 u. von Lichtenberg ebd. Bd. II, S. 8.

562) Vgl. die obigen Berichte, welche insgesammt den Geschworenen in dieser Hinsicht ein günstiges Zeugniß ertheilen. Die Frage, ob der Präsident einzelnen Geschworenen wegen dringender Geschäfte auf längere oder kürzere

hat glücklicherweise bis jetzt den Geschworenen keine Entschädigung für ihre Mühwaltung ausgesetzt. Allein die Klagen über Erwerbsverluste werden immer häufiger werden. Es ist wohl anzunehmen, daß die seit einigen Jahren in den teutschen Gesetzgebungen immer bestimmter hervortretende Intention, die Competenz der Jury zu beschränken, in diesen Klagen, wenn auch vielleicht nicht ihren Ursprung, doch eine Unterstützung findet. Selbst die Freunde der Jury erkennen die Nothwendigkeit an, Erleichterungen im Dienste derselben herbeizuführen. Eine größere Ausdehnung des Wahlrechtes ist bedenklich, weil sie das Vertrauen auf die Intelligenz der Berufenen schwächt, wogegen eine stärkere Betheiligung der am Orte des Schwurgerichtes wohnhaften Geschworenen, die bis jetzt meistens nur in der Wahl der Ersatzgeschwornen aus dem Orte des Gerichtes sich zeigt, einige Abhilfe gewähren könnte. Hiermit in Verbindung steht der Vorschlag, die Zahl der Hauptgeschworenen möglichst und mindestens bis auf 24 zu reduciren, eintretenden Falles Ersatz durch Geschworene vom Gerichtsorte zu verschaffen. Dieser Vorschlag verdient bei dem geringeren Gebrauche, welcher erfahrungsgemäß von dem Ablehnungsrechte gemacht wird, besondere Berücksichtigung [563]). Bei Beschränkung der Competenz sind zuvörderst die Fälle der Connexität in's Auge zu fassen. Es ist consequent, daß Vergehen, welche nur der Connexität wegen mit Verbrechen vor die Schwurgerichte gediehen sind, nach Aufhebung der Connexität dennoch vor den Schwurgerichten anhängig bleiben [564]). Allein es wird durch die Erfahrung bestätigt, daß durch diese processuale Vorschrift die Geschäfte der Schwurgerichte bedeutend vermehrt werden. Ueberhaupt wird infolge der Connexität eine große Zahl von Verbrechen an die Schwurgerichte gewiesen, die an sich zur Competenz derselben nicht gehören [565]). Ebenso erscheint eine Verminderung der Competenz betreffs der Diebstähle wünschenswerth [566]). Die Aburtheilung derselben bietet häufig keine Schwierigkeit. Dazu kommt, daß gerade hier eine schleunige Justiz noth thut. Das Institut der unmittelbaren Vorladung wirkt hier vorzugsweise gut. — Ebenso verdient der Vorschlag, einen jugendlichen Verbrecher, wenn keine volljährigen Complicen concurriren, nicht vor die Assisen, sondern die Collegialgerichte zu verweisen, besondere Beachtung.

Die Vermehrung der Kosten im schwurgerichtlichen Verfahren ist auffällig, sobald man die Kosten der Hauptverhandlung allein in's Auge

---

Zeit Urlaub ertheilen könne, wird in einer Justizministerialentschl. in Bayern (Fertig's Sammlung ꝛc. S. 43) verneint.

563) Vgl. noch Brauer, im Gerichtssaale 1854 Bd. II, S. 174 flg.

564) Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 42 flg. Bd. II, S. 395.

565) Goltdammer a. a. O. S. 527.

566) Gerichtssaal 1853 Bd. I, S. 12, 302 flg. (Reichmann) 1854 Bd. II, S. 174.

faßt[567]). Eine Ersparniß tritt dagegen insofern ein, als die Voruntersuchungen nicht mit der zeitherigen Weitschweifigkeit geführt werden sollen[568]). Die Einberufung der Geschworenen verursacht einen beträchtlichen Aufwand, welcher gleichfalls zum Motive mancher Beschränkung in der Competenz der Jury gedient hat. Nicht zu verkennen ist, daß auch die große Ausdehnung der Schwurgerichtsbezirke in Verbindung mit dem Grundsatze der Mündlichkeit und der Connexität[569]) eine Kostenvermehrung herbeiführt. Die Schwierigkeit von Vertagungen wird durch den ganzen Organismus der Geschwornengerichte wesentlich erhöht[570]) und eine Vertagung, wenn sie beschlossen wird, wird nicht ohne bedeutenden Kostenaufwand auszuführen sein. Da die Schwurgerichte keine permanenten Gerichte sind, so wird durch die Verhaftung, welche bis zur Eröffnung der vielleicht erst in mehreren Wochen bevorstehenden Assise fortdauert, gleichfalls eine große Last für die Criminalkasse und überdies eine nicht unbedeutende Schärfung für den Angeklagten hervorgerufen. Ebenso führt der Wunsch nach möglichster Vollständigkeit der Beweismittel, damit in allen Fällen bei dem wechselnden Gange der Verhandlung und bei einer möglichen, wenngleich unvorhergesehenen, von der Anklage abweichenden Wendung der Sache die Interessen der Anklage, bez. der Vertheidigung gesichert sind, häufig zu einer nutzlosen Häufung von Zeugenvorladungen und anderen Anträgen[571]). Die Reisekosten und die Entschädigungen der Zeugen — namentlich bei großen Bezirken und bei der gleichzeitigen Verhandlung mehrerer, in verschiedenen Bezirken verübter Verbrechen — machen eine sehr bedeutende Summe aus.

Schwarze.

Selbsthilfe[1]). Die Rechtslehrer sind darüber verschiedener Meinung, ob die Selbsthilfe an sich erlaubt oder an sich unerlaubt sei,

---

567) Vgl. noch Brauer, im Mag. für bad. Rechtspflege a. a. O. sowie Bacmeister a. a. O. S. 169 u. Lichtenberg a. a. O. S. 21, 72 flg. in Verb. mit Bd. III, S. 349.

568) Die Vereinigung von Kürze und Gründlichkeit ist in den Voruntersuchungen, nach den Klagen der Praktiker zu schließen, immer noch zu vermissen. Vgl. noch die Regeln über die Voruntersuchung von Martin, im hannöv. Mag. Bd. II, S. 103.

569) Ueber den Gerichtsstand d. Connexität vgl. Krug, über d. process. Behandl. concurr. Verbr. (N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. VIII, Heft 2). Gerau, im Criminalarchive 1854 S. 554 flg. Martin a. a. O. S. 104 flg.

570) Vgl. noch Heintz, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. I, S. 384.

571) Der kgl. preuß. Justizminister hat in einer allg. Verfügung auf die große Kostenvermehrung, die aus solchem Verfahren entstehe, aufmerksam gemacht und die Gesichtspunkte angegeben, von welchen die Staatsanw. hierbei ausgehen solle. (Justizministerialbl. 1854 S. 147.)

1) Vgl. Linde, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß Bd. I, S. 392 flg. Bensey, rhein. Museum f. Jurispr. Bd. VII, (oder neues rhein. Mus. Bd. III) S. 1 flg. Sartorius, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XX, S. 1 flg. Von den Aelteren vgl. M. A. Galvani, de usufr. diss. variae cap. 40. Westenberg,

so daß — nach der ersteren Meinung — die Bestimmungen des römischen Rechtes, in welchen für einzelne Fälle Verbote der Selbsthilfe ertheilt worden sind, als Ausnahmen, nach der letzteren Meinung nur als besondere Anwendungen des allgemeinen Verbotes sich darstellen. Es kann zugegeben werden, daß ein solches allgemeines Verbot dem Charakter eines in der Entwickelung begriffenen Rechtes und einer noch nicht zum Abschlusse gelangten inneren Organisation des Landes nicht entsprechen würde. Allein eben so gewiß ist, daß die Selbsthilfe, der Regel nach, mit dem Grundgedanken und Zwecke einer geordneten Rechtspflege nicht vereinbar ist und daß man zur Rechtfertigung eines allgemeinen Verbotes als der Regel noch nicht ein System des Zuvielregierens und Bevormundens adoptiren muß [2]). Daß in dem römischen Rechte ein solches allgemeines Verbot ebensowenig als in dem teutschen Rechte bestanden habe, ist richtig. Es können insbesondre, soviel das römische Recht anlangt, andere Fälle der Selbsthilfe, als welche in den Gesetzen ausdrücklich hervorgehoben worden sind, als strafbar nicht betrachtet werden. Die in diesem Rechte angedrohten Privatstrafen sind daher auch nur in diesen Fällen anwendbar, wogegen in den meisten Gesetzgebungen Teutschlands die criminelle Ahndung eine ausgedehntere zu sein pflegt. Die Bezugnahme auf das teutschrechtliche Fehderecht [3]) als Beweis der Auffassung der Selbsthilfe im teutschen Rechte ist nicht zutreffend. Das Fehderecht der späteren Zeit (denn nur dieses könnte in Frage kommen [4])) ist lediglich aus den politischen Verhältnissen derselben, insbesondre der Ohnmacht der Behörden, hervorgegangen und durchaus nicht als ein organisch nothwendiges Glied in der teutschen Rechtsentwickelung anzusehen.

Bei der Frage über die Behandlung der Selbsthilfe im römischen Rechte finden wir, daß der Eigenmacht des Gläubigers in mehrfacher Richtung eine Schranke gesetzt und für einen geordneten Rechtszug Sorge getragen war. Wir können hierbei auf die interdicta uti possidetis, utrubi, unde vi, quod vi aut clam, auf das Edict über den Raub u. s. w., ferner auf die Strafgesetze, insbesondre die leges Iuliae über öffentliche und private Gewalt Bezug nehmen [5]), da, wenngleich sie nicht

---

Divus Marcus s. Dissert. ad Const. Marci Aur. Ant. (Lugd. Bat. 1736. Diss. 39.). Carl Fr. Walch, Exerc. de hist. iuris civ. de vindicta privata. (Opusc. T. I. p. 396). Vgl. noch Wächter, Lehrb. d. Strafr. Th. II, §. 146 flg., S. 51 flg. Köstlin, System des teutschen Strafr. (allg. Theil. Tübing. 1855) §. 27. Vgl. ferner Vangerow, Leitfaden für die Pandektenvorles. Th. I, S. 152 flg. Puchta, Pandektenvorles. (ed. Rudorff) Bd. I, §. 80 (S. 168 flg. Ed. II.).

2) Wie z. B. Puchta a. a. O. den Vertretern solchen Verbotes vorwirft.

3) Vgl. Benfey a. a. O. S. 1.

4) Das älteste Fehderecht gehört einer Zeit an, die für den Satz, daß die Existenz des Richteramtes mit der Selbsthilfe nicht im Widerspruche stehe, unmöglich maßgebend sein kann. In der späteren Zeit stand es mit dem Beweisverfahren in Verbindung und kann daher ebenfalls hier nichts beweisen.

5) Vgl. Benfey a. a. O. S. 2.

unmittelbar und specifisch auf Repression der Selbsthilfe berechnet waren, sie doch auch im Falle der Selbsthilfe anwendbar blieben, sobald diese unter der in diesen Interdicten und Gesetzen vorausgesetzten Form auftrat. Demnächst sind im Justinianeischen Rechte Vorschriften enthalten, welche speciell auf die Repression der Selbsthilfe abzielen, jedoch ebenfalls kein allgemeines Verbot derselben enthalten und, gemäß dem Charakter solcher Vorschriften, nicht über ihren Inhalt ausgedehnt werden dürfen. Es sind dies das Decretum Divi Marci und die Constitution (Valentinian's) in cap. 7. Cod. unde vi.

Das Decret ist in zwei Recensionen in die Pandekten aufgenommen worden, in L. 7. Dig. ad L. Iulian. de vi priv. (48. 7.) und in L. 13. Dig. quod metus causa (7. 2.). Beide Stellen sind aus dem fünften Buche der Cognitiones des Callistratus entnommen. Die Verschiedenheit derselben spricht allerdings für eine Interpretation. Die meisten Rechtslehrer sind der Ansicht, daß L. 7. den echten Text enthalte und L. 13. dagegen interpolirt sei[6]), obschon wir nicht einmal wissen, ob Callistratus selbst den Text des Decretes unverändert aufgenommen habe.

Die beiden Stellen lauten:

1) L. 7. Dig. ad L. Iul. de vi priv. (48. 7.) Callistratus lib. 5. de cognit.: Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: Optimum est, ut si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es[7]), et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem, nec verecundiae, nec dignitati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, non ab ipso sibi traditam, sine ullo iudice temere pssidere[8]), eumque sibi in eam rem ius dixisse, ius crediti non habebit.

2) L. 13. Dig. quod met. c. (4. 2.) Callistratus lib. 5. de cognit.: Exstat enim decretum Divi Marci in haec verba: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam[9]), non ab ipso

6) Linde, Benfey und Vangerow a. a. O. Vgl. noch Sartorius a. a. O.

7) Die ältere Lesart esse ist jedenfalls unrichtig.

8) Haloander fügt noch bei: vel accepisse (vgl. die folgende Gesetzstelle).

9) Haloander streicht die Worte vel pecuniam debitam.

sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.

Es ist bereits von Sartorius[10]) gezeigt worden, daß L. 7 aus drei Theilen zusammengesetzt sei, indem im Eingange der Rechtssatz selbst aufgestellt, hierauf der Rechtsfall mit dem von dem Kaiser dem Marcian[11]) ertheilten Rathe und insbesondre der von dem Kaiser auf eine Erwiderung Marcian's ertheilten Belehrung über den Begriff der Gewalt erzählt und sodann die allgemeine Vorschrift des Kaisers, welche sich nicht auf die Entscheidung der gegen Marcian erhobenen Klage beschränkt, sondern als ein wirkliches Gesetz darstellt, angeschlossen wird. Sartorius hat insbesondre darauf hingewiesen, daß L. 13 Zusätze enthalte, welchen Callistratus fremd sei, da nicht anzunehmen sei, daß die Compilatoren in L. 7, wo sie im ganzen den Juristen weit vollständiger ausgeschrieben haben, als in L. 13, die Norm selbst verstümmelt haben. —

Was nun den Inhalt des Decretes anlangt, so ist besonders von Linde[12]) behauptet worden, daß das Decret nur auf die Selbsthilfe an beweglichen Sachen sich bezogen habe und erst später durch kaiserliche Verordnungen die eigenmächtige Verfolgung von Ansprüchen an unbeweglichen Sachen mit gleichen Strafen bedroht worden sei. Jedoch mit Unrecht. Die const. 7. Cod. unde vi enthält ebensowenig eine Ausdehnung auf unbewegliche, als das Decret eine Beschränkung auf bewegliche Sachen[13]). Beide Gesetze unterscheiden sich dadurch, daß in dem Decrete von Forderungsrechten, in der Constitution vom Eigenthum die Rede ist. Die im Decrete verpönte Handlung kann nur vom Gläubiger gegen den Schuldner, nicht aber auch vom Eigenthümer oder vom Inhaber dinglicher Rechte als solchem begangen werden[14]). Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Gegenstand der Forderung eine Sache selbst, insbesondre auch eine unbewegliche ist oder ob die Sache nur zur Deckung oder Berichtigung einer Forderung von dem Gläubiger weggenommen wird. Es wird ganz allgemein nur vorausgesetzt, daß die beiden Personen in einem Obligationsverhältnisse stehen, wie dies durch die Worte creditor und debitor zur Genüge angezeigt ist[15]). Es ist daher hieraus sowie aus der Allgemeinheit des Wortes „rem ullam debitoris" abzunehmen[16]), daß gar keine Beschränkung betreffs der

10) A. a. O. S. 6 flg.

11) Wer dieser Marcian gewesen, ist nicht bekannt. Vgl. noch Sartorius a. a. O. S. 9 Anm.

12) A. a. O. S. 404 flg.

13) Fritz, Erläuter. S. 129 flg. Benfey a. a. O. S 7, 44 flg. Vangerow, Leitfaden Th. I, §. 133, S. 154. Sartorius a. a. O. S. 34 flg.

14) Benfey S. 6.

15) Benfey a. a. O. Sartorius S. 19. Die Worte possessio und petitor in L. 7 cit. sind, wie der Zusammenhang lehrt, nur auf die processuale Stellung der Parteien zu beziehen.

16) Benfey a. a. O. S. 7 u. bes. S. 44 flg.

Sache, welche vom Gläubiger an sich genommen wird, sowie betreffs des Obligationsverhältnisses, aus welchem die Forderung entsprungen ist, stattfinden sollen, wie auch eine solche Beschränkung mit der Tendenz des Decretes schwer vereinbar sein würde. Wir können uns daher mit der Ansicht Linde's[17]), daß in L. 7 nur von einer res und species restituenda die Rede und die Ausdehnung des Decretes auf res fungibilis, quantitas, pecunia erst in L. 13 quod metus causa erfolgt sei, ebensowenig als mit den Ansichten Sartorius's[18]) befreunden, daß lediglich von einer obligatio ex contractu (im Gegensatze der obligatio ex delicto) die Rede und unter der res debitoris nicht die den Gegenstand der Forderung bildende Sache zu verstehen sei[19]). In Bezug auf diese beiden letzten Meinungen bemerken wir, daß die Worte: ius crediti, wenngleich sie zunächst nur auf eigentliche Forderungen ex contractu hinweisen, füglich und ohne Verstoß gegen den Sprachgebrauch auf die aus einem Delicte herrührende Forderung sich beziehen lassen, mithin nicht nothwendig ein credere vorausgegangen ist, und daß die Ansicht, als ob die den Gegenstand einer Obligation bildende Sache bereits als res creditoris zu betrachten und daher in dem Decrete nicht gemeint sein könne, weder in der Fassung des Decretes (auch abgesehen von den Worten pecunia debita), noch in dieser Allgemeinheit in den Quellen eine genügende Unterstützung findet. Wir treten ferner der Ansicht Benfey's[20]) bei, daß das Decret nicht blos auf die im Eigenthum des Schuldners befindlichen Sachen, auf welche das Decret, seiner Wortfassung nach, beschränkt werden könnte, sondern überhaupt auf Sachen, welche zum Vermögen des Schuldners gehören, zu beziehen sei.

Die Wegnahme der Sache — das non reposcere per iudicem — wird als Gewalt bezeichnet[21]). Dies ist jedenfalls ein neuer Begriff der Gewalt. Man erkennt leicht aus den Worten des Decretes[22]), daß Marcian sich darauf berief, wie er eine Gewalt, wie solche in der zeitherigen Gesetzgebung verpönt sei, nicht begangen habe, indem der Kaiser ihm auf die Einwendung vim nullam feci antwortet: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. In dem reposcere liegt freilich mehr als ein bloßes Zurückfordern, Mahnen[23]). Es ist

17) S. 402 flg. Dagegen auch Sartorius S. 26 flg., 28 flg., woselbst auch über die Ansicht der Glosse, daß nur die res debita vel obligata zu verstehen sei und über die von Linde für seine Meinung angeführten Gesetze. Vgl. noch Benfey S. 44 flg.

18) A. a. O. S. 21 flg., 24 flg.

19) Vgl. auch Arndts, Lehrb. d. Pand. §. 94, Anm. Bd. I, S. 115. Benfey S. 7.

20) S. 22 flg.

21) Vgl. noch Benfey a. a. O. S. 16 flg.

22) Sartorius S. 37 flg.

23) Benfey a. a. O. Sartorius S. 39. Vgl. noch Linde S. 423. Das Mahnen kann, nach Befinden, eine Injurienklage begründen.

ein thatsächliches Fordern, eine thatsächliche Anmaßung und Ergreifung einer fremden Sache und ein unmittelbares Eingreifen in die Rechtssphäre des Anderen. Eine eigentliche Gewalt, eine Abnöthigung der Sache u. s. w. wird dagegen in dem Decrete (L. 7) nicht erfordert. Es kann daher diese vis nur negativ dahin aufgefaßt werden, daß die Wegnahme nicht mit dem Willen des Besitzers erfolgte.

Hiermit ist zugleich die Frage[24]) beantwortet, ob die in dem Decrete verpönte Selbsthilfe schon nach der lex Iulia zu bestrafen gewesen sei[25]). Marc Aurel würde gewiß auf dieses Gesetz sich berufen haben, wenn es anwendbar gewesen, und Marcian würde nicht gewagt haben, zu bestreiten, daß seine Handlung widerrechtlich sei, wenn sie unter dieses Gesetz gefallen. Die Ansicht[26]), daß jede vis nach der lex Iulia de vi zu bestrafen, nun aber die Eigenmacht für eine vis erklärt sei, ist offenbar unrichtig. Das Wort vis wird eben in verschiedenen Bedeutungen gebraucht und die Eigenmacht bei der Selbsthilfe ist nicht nothwendig eine vis, wie sie in der lex Iulia vorausgesetzt wird.

Es ist sogar nach der Fassung des Decretes in L. 7 cit. anzunehmen, daß das Decret in den Fällen nicht zur Anwendung kam, wenn die Tradition erzwungen war. (Ueber L. 13. qu. metus c. später.) Es ist dies schon deshalb anzunehmen, weil auch die gezwungene Tradition immerhin eine Tradition blieb und einer einseitigen Besitzergreifung nicht gleichgestellt werden kann, nun aber das Decret im allgemeinen sagt: non ab ipso sibi traditam[27]).

Es ist daher ein bereits widerlegter Irrthum[28]), daß vor dem Erscheinen des Decretum Divi Marci alle Handlungen der (einfachen) Selbsthilfe als vis privata angesehen und nach der lex Iulia de vi gestraft worden. Es ist vielmehr anzunehmen[29]), daß nur in den Fällen, wo die Selbsthilfe mittels einer der besonderen Gewaltformen, welche in dem Julischen Gesetze als vis publica verpönt sind, verübt worden war, auch die Selbsthilfe nach diesem Gesetze als vis publica bestraft worden ist, daß jedoch andererseits nicht jede andere Selbsthilfe als vis privata unter das Julische Gesetz gestellt worden ist. Hierfür spricht ferner, daß das Julische Gesetz und überhaupt das crimen vis in Wahrheit eine Gewaltanwendung, eine Beschränkung der Freiheit des Entschlusses bei einer anderen Person voraussetzt[30]), nun

24) Ueber dieselbe herrscht bekanntlich viel Streit. Vgl. Linde a. a. O. S. 413 flg.

25) Vgl. noch Schulting ad Pauli S. R. V. 26. §. 4. not. 27. Sartorius a. a. O. S. 41 flg.

26) Benfey S. 18 flg. Daß die von Benfey noch überdies citirten Stellen seine Ansicht nicht unterstützen, ist bereits von Sartorius a. a. O. ausgeführt worden.

27) Vgl. Benfey S. 9 flg.

28) Roßhirt, Lehrb. d. Criminalr. §. 137.

29) Wächter, Lehrb. d. Strafr. §. 148. Th. II, S. 163.

30) Wächter, im Archiv des Criminalr. Bd. XIII, S. 242 flg.

aber solches bei der Selbsthilfe nicht stets der Fall sein wird. Ja, es kann selbst behauptet werden, daß nicht alle Fälle der mittels einer vis privata verübten Selbsthilfe unter das Julische Gesetz gestellt worden sind [31]. Hier reichten zum Theile andere Rechtsmittel, wie die a. vi bonor. rapt., die Interdicte unde vi, utrubi etc. aus. Jedenfalls blieben sonach verschiedene Fälle der Selbsthilfe übrig, bei denen dem Verletzten durch die Gesetzgebung nicht ausreichender Schutz gewährt wurde. Diese Lücke wurde zunächst durch das Decretum ausgefüllt.

Ob neben der Privatstrafe noch auf die Strafe der lex Iulia erkannt werden könne, darüber herrscht bekanntlich viel Streit [32]. Die Cumulation der Privatstrafe und der öffentlichen Strafe kann an sich nicht als unzulässig bezeichnet werden. Ist daher die vis, mit welcher die Eigenmacht ausgeführt wurde, zugleich eine solche, wie sie das Julische Gesetz vorschreibt — was, wie bemerkt, nicht nothwendig zusammenfällt, — so ist auch die Anwendbarkeit des Decretes und des Julischen Gesetzes gerechtfertigt [33].

Die Absicht, aus welcher der Gläubiger die Sache einseitig sich anmaßt, muß auf Befriedigung oder Deckung seiner Forderung gerichtet sein. Es liegt also ein an sich widerrechtlicher Zweck oder Vortheil nicht vor. Daß der Gläubiger die Sache als sein Eigenthum behalten wolle, ist gleichfalls nicht erforderlich. Der gewöhnliche Fall, daß der Gläubiger wegen seiner Forderung nur eine Deckung und Sicherstellung sich verschaffen will, wird daher von dem Decrete mit getroffen.

Die Anwendung des Decretes setzt voraus, daß der Gläubiger die Sache sich wirklich angemaßt habe. Einen Versuch der Selbsthilfe kennt das Decret nicht [34]. Ebenso muß eine Besitzentziehung stattgefunden haben. Dies spricht sich allenthalben in den Worten des Decretes aus. Das eigenmächtige Hinübergreifen in die fremde Rechtssphäre wird geahndet. Das Wort possidere, welches sowohl am Schlusse der L. 7 als am Schlusse der L. 13 vorkommt, steht dieser Auffassung nicht entgegen [35]. Die Retention einer Sache behufs der Befriedigung oder Deckung einer Forderung kann auch in den Fällen, wo die Gesetze das Befugniß zur Retention nicht gewähren, nicht als Selbsthilfe betrachtet und dem Decrete unterstellt werden [36].

Die Eigenmacht soll mit dem Verluste des ius crediti bestraft werden. Schon hierin liegt angedeutet, daß der, welcher nur in dem Glauben an einen Anspruch handelt, ohne ihn in Wahrheit zu haben,

31) Linde a. a. O. S. 398 flg.

32) Linde a. a. O. S. 413 flg. Sartorius a. a. O. S. 45.

33) Auf einen solchen Fall ist die Bestimmung in L. 12. qu. metus c. IV. 2. zu beziehen.

34) Vgl. noch Linde S. 422 flg.

35) Ueber c. 10. unde vi VIII. 4. Linde a. a. O. S. 429.

36) In c. 34. Cod. loc. wird nur eine Analogie (ad similitudinem invasionis alienae possessionis) gebraucht.

nicht nach dem Decrete beurtheilt wird. Er kann ein ius crediti nicht verlieren, da er ein solches nicht hat. — Der Gläubiger verliert seine Forderung. Er muß die weggenommene Sache dem Schuldner zurückgeben und dieser wird von seiner Verpflichtung befreit. Die letztere bleibt auch nicht als obligatio naturalis zurück [37]), da nicht blos die Klage, sondern das Forderungsrecht selbst verloren gehen soll. Wir geben daher dem Schuldner eine condictio indebiti, wenn irrthümlich gezahlt wird [38]). Die Anwendbarkeit des Decretes ist selbstverständlich ausgeschlossen, wenn die Hilfe des Gerichtes nicht zu erlangen ist, z. B. bei einem wirklichen iustitium [39]).

In der bereits angez. L. 12. qu. metus causa IV. 2. können die Worte: ius crediti amisisse nicht befremden [40]). Die Gewalt, welche in dem Julischen Gesetze vorausgesetzt wird, begreift jedenfalls auch den geringen Grad der Gewalt in sich, welche das Decretum vor Augen hat. Jene Gewalt ist die schwerere. Der Uebergang, welcher zu der L. 13 genommen wird, erscheint daher natürlich, insbesondre wenn man das Decret nicht auf die nicht den Gegenstand der obligatio bildenden Sachen beschränkt.

Was nun die L. 13 anlangt, so findet, wie bemerkt, in ihm Linde, welcher L. 7 auf res und species restituenda beschränkt, die Ausdehnung auf res fungibilis, quantitas, pecunia. Die Unrichtigkeit jener Beschränkung ist bereits oben besprochen worden. Es ist vielmehr anzunehmen, daß im Gegensatze zu L. 7 die L. 13 auch den Fall dem Decrete unterstellt, wenn der Gläubiger den Schuldner gezwungen hat, ihm Sachen zu geben [41]). Das Mittel der Selbsthilfe ist hier ein anderes. Im übrigen hat das Decret in L. 13 weder in betreff der Personen, noch des Gegenstandes, noch der Nachtheile der Eigenmacht eine Aenderung oder Ausdehnung erfahren [42]). Der Zwang [43]),

---

37) So Benfey a. a. O. S. 14 und Sartorius S. 44, hauptsächlich mit Beziehung auf L. 19. pr. D. de condict. indeb. Vgl. dagegen Linde S. 430. Vangerow, Leitfaden zur Pandektenvorles. I, Abth. I, §. 133, Anm. Arndts a. a. O.

38) Dagegen Sartorius a. a. O.

39) Vgl. Linde S. 426 flg.

40) Vgl. dagegen Sartorius S. 13. Die Ausstellung desselben, daß der Gläubiger bereits durch seine Eigenmacht die Forderung verloren habe, somit die Worte: ius crediti amisisse, nicht paßten, ist nicht gegründet. Die Compilatoren haben, wie Sartorius anerkennt, sowohl die criminellen als civilrechtlichen Folgen der Selbsthilfe zusammenfassen wollen und die Wahl des Perfecti bei amisisse hat nichts Befremdliches.

41) Während in L. 7 gesagt ist: rem ullam debitoris non ab ipso traditam sine ullo iudice temere possidere, heißt es in L. 13: rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere vel accepisse.

42) Vgl. Benfey a. a. O. S. 26 flg. Vangerow a. a. O.

43) Betrug reicht ebensowenig als ein geringerer Zwang hin. Vgl. Linde a. a. O. Benfey a. a. O.

welchen das Edict quod metus causa zur Ungiltigkeit eines Rechtsgeschäftes voraussetzt, soll, wenn er vom Gläubiger gegen den Schuldner angewendet worden ist, gleichfalls den Verlust des ius crediti nach sich ziehen. Dies ist die Tendenz der Erweiterung. Wenn übrigens noch in L. 13 von Sachen des Schuldners die Rede ist, so treten wir doch der Ansicht Benfey's[44]) bei, daß nach L. 12. §. ult. nunmehr das Decret überall zur Anwendung kommt, wo der Gläubiger den Schuldner zur Zahlung zwingt, gleichviel was Object der Forderung ist. Die Worte: qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret sind ganz allgemein. Hat der Gläubiger seinen Schuldner gezwungen, ihm eine Hypothek oder ein Faustpfand zu bestellen, so wird die Pfandstellung nichtig sein, da mit der Eigenmacht die Forderung selbst erloschen und die Strafe des Decretes nicht etwa auf Rückgabe des Pfandes u. s. w. beschränkt ist.

Besondere Aufmerksamkeit verdient noch const. 7. Cod. unde vi (VIII. 4.)[45]), welche in ausführlicherem Texte im Theodosischen Codex als cap. 3. unde vi (IV. 22.) sich findet. Sie bezweckt, der Eigenmacht des Eigenthümers entgegenzuwirken, welchem auch derjenige gleichgestellt wird, der sich gewaltsam in den Besitz fremder Sachen setzt. Es ist also nicht von bloßen Forderungsrechten die Rede. Auch wird wahre Gewaltthätigkeit und nicht bloße Eigenmacht vorausgesetzt[46]). Die Strafe ist der Verlust des Eigenthums und, dafern dem Eigenmächtigen das Eigenthum nicht zustand, Erstattung des Werthes der Sache. Das Eigenthum im ersteren und die aestimatio im zweiten Falle gewinnt der entsetzt gewesene Besitzer. Abgesehen von dieser Strafverfügung, stellt sich diese Constitution nur als eine Anwendung des interd. unde vi auf bewegliche Sachen dar[47]).

Auch in einigen Novellen Justinian's sind einzelne, besonders schwere Fälle der Selbsthilfe hervorgehoben und mit Strafe bedroht worden. Es gehören hierher die Fälle, wo außer dem Verluste des eigenmächtig verfolgten Rechtes gewisse, nach dem Werthe des Rechtes zu bemessende Geldsummen zu bezahlen sind[48]). Die Strafe der Selbsthilfe ist sonach dahin zu bestimmen, daß, wenn ein Gläubiger wegen seiner Forderung eigenmächtig sich befriedigt, er neben der Restitution seine Forderung verliert und daß, wenn Jemand eine Sache dem Besitzer entzieht, weil er Ansprüche auf dieselbe macht, er sein Eigen-

44) A. a. O. S. 28 flg.

45) Vgl. über dieselbe Savigny, Besitz. Ed. IV, S. 407. Linde a. a. O. S. 408 flg. Benfey a. a. O. S. 32 flg. Fritz, Erl. S. 131. Vangerow a. a. O.

46) Vgl. Vangerow u. Benfey a. a. O. Dagegen sind anderer Meinung Linde u. Fritz a. a. O.

47) Savigny u. Benfey a. a. O. Vgl. dagegen Thibaut, im Civilarchiv Bd. I, S. 105 flg. Linde a. a. O.

48) Linde a. a. O. S. 428. Schilling, Lehrb. der Institut. §. 100. Bd. II, S. 327 flg.

thum an derselben verliert und, wenn er nicht Eigenthümer war, den Werth derselben bezahlen muß[49]).

Die Grundsätze des römischen Rechtes sind in dem kanonischen Rechte und dem teutschen Reichsrechte nirgends aufgehoben worden. Es sind vielmehr dieselben in einzelnen Vorschriften dieser Rechte ausdrücklich anerkannt worden[50]). Die Anwendbarkeit des römischen Rechtes ist zwar vielfach bestritten worden, weil man insbesondre die Fortdauer der römischen Privatstrafen nicht zugestehen wollte. Allein es ist kein ausreichender Grund vorhanden, die Fortdauer derselben zu läugnen[51]). Ebenso ist im übrigen keine genügende Veranlassung vorhanden, die Bestimmungen des römischen Rechtes als nunmehr überflüssig zu beseitigen. Insbesondre werden dieselben durch die Vorschriften des teutschen Processes über die Spolienklage nicht ersetzt. In den Ländern des sächsischen Rechtes sind jedoch die römischen Privatstrafen außer Gebrauch gekommen. Der Eigenmächtige soll neben der Restitution der Sache oder, dafern er diese nicht bewirken kann, dem Werthsersatze eine Buße zahlen[52]). Der Verlust des Rechtes selbst ist nicht angedroht[53]).

Im allgemeinen ist jede eigenmächtige Verfolgung oder Vertheidigung unserer Rechte und Ansprüche unstatthaft. Sie ist nicht deshalb unstatthaft, weil sie — wie man gesagt hat[54]) — eine Usurpation der richterlichen Gewalt des Staates enthalte. Denn der Eigenmächtige will weder die Richterrechte des Staates usurpiren, noch enthält die Eigenmacht selbst eine wirkliche Beeinträchtigung der richterlichen Gewalt. Sie verletzt jedoch das Recht des Anderen, daß der Gläubiger die ihm zustehenden Ansprüche in dem gesetzlich geordneten Wege geltend mache. Es kann jedes Mitglied des Staatsverbandes verlangen, daß nicht die Willkür und die Gewalt des Privaten bei privatrechtlichen Streitigkeiten entscheide. Der Staat hat nicht ein unbedingtes und ausschließliches Recht auf die Entscheidung der privatrechtlichen Streitigkeiten und kann also nicht unmittelbar durch ein Umgehen dieser Entscheidung verletzt werden. Die Interessenten können sich einigen, ihren

49) Ueber die Frage, ob bei einer zweiseitigen Obligation, z. B. einem Verkaufe, der Gegner doch noch auf Erfüllung der Obligation dringen könne, wenn der eine Paciscent wegen Eigenmacht seine Ansprüche aus dem Vertrage verloren habe, vgl. Vangerow a. a. O. in Verb. mit Burchardi, im Archiv für die civ. Pr. XVIII, Nr. 16.

50) Vgl. Linde a. a. O. S. 431 flg.

51) Vgl. Linde S. 433 flg. u. die das. Angef. sowie Wächter a. a. O. Vangerow a. a. O.

52) I. P. S. lib. III. art. 43. 47. u. Glosse zu dens. u. Magdeb. Weichbild Art. 29. — Carpzov, P. IV. const. 35. def. II. sq.

53) Im K. Sachsen bedroht ein besonderes Gesetz diejenigen, welche für sich selbst oder im Namen eines Anderen den Besitz eines erledigten Gutes zu erlangen oder zu behaupten suchen und hierbei gewaltsame Handlungen ausüben, mit dem Verluste des Besitzstandes und der damit verbundenen Vortheile.

54) Vgl. hierüber Wächter a. a. O. S. 52.

Streit durch Vergleich, durch das Loos, durch einen Dritten zu entscheiden oder zu erledigen, ohne daß das Recht des Staates hierdurch beeinträchtigt wird. Vielmehr ist der Eingriff in den Rechtskreis des Anderen auch bei der Selbsthilfe das entscheidende Moment.

Mit der Selbhilfe ist die Selbstvertheidigung verwandt, wenngleich nicht identisch[55]). Bei beiden ist allerdings die Eigenmacht aus der Ueberzeugung von einer drohenden oder schon vorhandenen Verletzung unseres Rechtes entsprungen. Bei beiden wird die Hilfe des Staates umgangen und die Privatgewalt an die Stelle des gesetzlichen Zwanges gesetzt. Allein sie unterscheiden sich darin, daß die Selbsthilfe in ihrer ganzen Gestaltung und schon ihrer äußeren Erscheinung nach aggressiver, die Selbstvertheidigung aber defensiver und abwehrender Natur ist. Die letztere ruht auf dem Satze, den schon das römische Recht als einen naturrechtlichen anerkannte, daß man einem widerrechtlichen Angriffe augenblicklichen Widerstand entgegensetzen und Gewalt mit Gewalt vertreiben dürfe[56]). Von selbst versteht sich, daß es nicht nöthig ist, daß der Angriff bereits bis zu einer wirklichen Verletzung vorgeschritten sei, um das Recht der Selbstvertheidigung wirksam zu machen. Der Staat kann, da er durch die gerichtliche Hilfe nur begangenes Unrecht wieder ausgleichen kann und nicht im Stande ist, allenthalben durch polizeiliche Hilfe drohende Rechtsverletzungen abzuwenden, nicht verlangen, daß der Bürger das Unrecht geduldig abwarte und hinnehme und sich mit der, oft nicht zureichenden, selbst bisweilen unmöglichen Repression durch die Gerichte begnüge. Hier tritt der angreifenden Eigenmacht die abwehrende Eigenmacht entgegen.

Das römische Recht kennt mehrere Fälle ausdrücklich erlaubter Selbstvertheidigung. Die zwölf Tafeln gestatten, den auf der That betroffenen Dieb, bei wirklich vorhandener und durch Geschrei angezeigter Gefahr, zu tödten. Das Gesetz nahm solche Gefahr an, wenn der Diebstahl bei Nacht oder zwar bei Tage, solchenfalls aber bewaffnet, ausgeführt worden war[57]). Es liegt kein Grund vor, bei dem nächtlichen Diebstahle eine weitere Gefährdung des Hausbewohners vorauszusetzen, als welche in dem nächtlichen Weilen des Diebes in dem Hause an sich schon begründet ist. Erst das neuere römische Recht beschränkte das Recht zur Tödtung des nächtlichen Diebes auf den Fall, wenn der Hausbewohner parcere ei sine periculo suo non poterit[58]). Eine andere Auffassung verlangt das Recht zur Tödtung des betretenen

---

55) Die Ansicht Linde's über den Begriff der Selbsthilfe und der Selbstvertheidigung ist nicht richtig.

56) L. 4. pr. ad L. Aquil. IX. 2. L. 45. §. 4. eod. L. 1. §. 27. de vi 43. 16.

57) Abegg, Untersf. aus dem Geb. der Strafrechtsw. §. 28, S. 141 flg.

58) L. 9. ad L. Cornel. de sicar.

Ehebrechers und der Ehebrecherin [59]). Hier ist von einer Ahndung der bereits verletzten Haus- und Familienehre die Rede, nicht von Abwendung einer Gefahr und noch weniger von Vertheidigung der Person gegen einen Angriff. Die Privatrache wird in Anerkennung gerechten, im Augenblicke sich rasch entzündenden, Zornes über die Schändung der Hausehre gestattet. — Die Nothwehr ist endlich der Inbegriff aller der Fälle, wo wir von dem Rechte der Selbstvertheidigung gegen einen widerrechtlichen Angriff Gebrauch machen und wo selbst solche Verletzungen des Gegners behufs der nothwendigen Abwehr gestattet sind, welche an sich durch das Strafgesetz verboten werden. Das Recht der Nothwehr bezieht sich nicht blos auf die Person, sondern dient auch zum Schutze aller Sachen, in deren Besitze wir bedroht werden, und zur sofortigen Wiederabnahme dessen, was uns gewaltsam entzogen worden ist [60]). Es liegt im Begriffe der Selbstvertheidigung, daß wir dieses Recht nur auf der Stelle [61]) ausüben und hierbei nur soweit mit Gewalt verfahren können, als es zur Abwehrung des Angriffes oder der Gefahr nothwendig ist.

Als eine Selbstvertheidigung (aus dem Civilrechte) können wir die novi operis nunciatio ansehen, wenngleich die symbolische Protestation, welche in derselben liegt, in einer durch das Gesetz selbst geschaffenen Form auftritt und vom Gesetze selbst als die Voraussetzung gewisser, später geltend zu machender Befugnisse angesehen wird. Als eine im Civilrechte gestattete Selbsthilfe können wir das Recht des Gläubigers ansehen, welcher dem fliehenden Gemeinschuldner das Geld zur Deckung seiner Forderung abnimmt [62]). Auch die alte pignoris capio — eine der legis actiones — ist hierher zu rechnen.

Bei der novi operis nunciatio ist die Protestation gegen eine fremde Handlung gerichtet. Allein auch ohne eine solche können wir in die Lage kommen, zur Sicherung unseres Besitzthums fremdes Eigenthum anzugreifen, z. B. ist es bei wirklicher Gefahr durch eine Feuersbrunst für das eigene Gebäude erlaubt, zur Rettung desselben das brennende oder das dazwischenliegende eines Anderen wegzureißen [63]). Hier liegt jedoch eine Rechtsstörung von der anderen Seite nicht vor und es können daher solche Fälle nicht den Fällen der Selbstvertheidigung beigezählt werden [64]).

---

59) Abegg a. a. O. §. 29, S. 154 flg. Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlage S. 166 flg.

60) L. 3. §. 9. 17. de vi (43. 16.) Const. 1. Cod. eod. (VIII. 4.)

61) L. 3. §. 9. cit.

62) L. 10. §. 16. quae in fraudem creditor. (42. 8.) Vgl. noch c. 2. Cod. nemo priv. tit. (II. 16.) C. 1. C. ut nemini lic. (II. 17.) C. 3. de pignor. (VIII. 14.)

63) L. 49. §. 1. ad L. Aquil. Ebenso der Fall der L. Rhodia de iactu. Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 27, Bd. I, S. 241.

64) So Thibaut, Archiv für die civ. Pr. Bd. VIII, S. 142 flg. Vgl. jedoch Sintenis a. a. O.

Zur erlaubten Selbstvertheidigung können wir das im teutschen Rechte besonders entwickelte Institut der Pfändung rechnen. Dasselbe hat vorzüglich auch in der sächsischen Gesetzgebung eine weitere Anerkennung gefunden[65]). Die Pfändung dient hier als ein außergerichtliches Mittel zum Schutze des Besitzes und zur Erleichterung des Beweises der Beeinträchtigung im Besitze. Ihre vorzüglichste Wirkung besteht in der Unterbrechung der Verjährung.

Was nun die criminalrechtliche Auffassung und Behandlung der Selbsthilfe anlangt, so finden wir, daß die älteren Criminalisten in den Fällen der Selbsthilfe entweder die römischen Privatstrafen für anwendbar erklärten oder, wenn sie die Anwendbbarkeit derselben bestritten, willkürliche Gefängniß- oder Geldstrafen substituirten[66]). Sie unterschieden übrigens zwischen Privatrache und eigentlicher Selbsthilfe, sowie zwischen einfacher und qualificirter Selbsthilfe[67]). Den ersteren Unterschied finden wir auch in neueren Compendien[68]) und Gesetzen[69]). Unter der Privatrache wird die eigenmächtige Züchtigung eines Anderen wegen eines von ihm erlittenen wirklichen oder vermeintlichen strafbaren Unrechtes verstanden. Es folgt aus dieser Begriffsbestimmung, daß die Privatrache auch als ein anderes Vergehen, z. B. als Injurie sich darstellen wird und es daher einer besonderen Hervorhebung derselben nicht bedarf[70]). Der Richter wird bei Abmessung der Strafe schon selbst in den Fällen, in denen der Angeschuldigte zu der Züchtigung durch den Zorn über ein erlittenes Unrecht sich hinreißen ließ, hierauf billige Rücksicht nehmen. Bei den Verhandlungen in den kgl. sächsischen und würtembergischen Kammern bei Berathung der Strafgesetzbücher dieser Länder v. J. 1838 wurde aus diesen Gründen ein auf die Privatrache bezüglicher Zusatz in der Begriffsbestimmung der Selbsthilfe gestrichen[71]). Als eine erlaubte Privatrache ist die in manchen Gesetzgebungen gestattete Retorsion einer Beleidigung zu betrachten. — Hiernächst ist unter qualificirter Selbsthilfe diejenige zu verstehen, welche, bei dem zu ihrer Verwirklichung gebrauchten Mittel oder durch die Form, in welcher

---

65) Vgl. Haubold, Lehrb. des kgl. sächs. Privatr. §. 167. Curtius, Handb. des kgl. sächs. Civilr. Th. III, Abth. I, §. 1163 (ed. Schwarze) S. 145 flg.

66) Vgl. über die ältere Literatur Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. II, §. 261 flg. (Ed. II. S. 77 flg.) Jarke, Handb. des gem. Strafr. Bd. II, S. 260. Wächter a. a. O.

67) Vgl. noch Tittmann a. a. O. Abegg, Lehrbuch §. 434.

68) Vgl. Henke, Handb. des Criminalr. ꝛc. Bd. III, §. 175 (S. 291 flg.) Grolman, Grundſ. der Criminalrechtsw. ꝛc. Bd. III, §. 344.

69) Bayer. G. v. 1813 Art. 421. (Vgl. hierzu die Anmerkungen Bd. III, S. 284 flg.) GB. v. Großh. Hessen Art. 167.

70) Vgl. noch Henke a. a. O. §. 176.

71) Vgl. Günther, das kgl. sächs. Criminalgesetzb. S. 116. Hepp, Commentar z. würtemb. Strafgesetzb. Bd. II, S. 1108.

sie erscheint, in ein anderes, bestimmtes Verbrechen übergeht. Wir finden täglich, daß bei der Selbsthilfe Gewalt an Personen oder Sachen verübt, insbesondre der Frieden des Hauses gebrochen oder wohl selbst die öffentliche Sicherheit (Landfrieden) gestört wird. In solchen Fällen wird die Eigenmacht zu einem schwereren Verbrechen und die Grundsätze über Bestrafung des letzteren treten ein. Insbesondre hat in den meisten teutschen Gesetzgebungen das Verbrechen der Nöthigung eine Ausdehnung erhalten, daß die schwereren Fälle strafbarer Eigenmacht unter dasselbe subsumirt werden können. Es bleiben daher nur die leichteren Fälle der Selbsthilfe als eigentlicher Gegenstand des Vergehens der Selbsthilfe übrig.

Die Auffassung dieses Vergehens bedingt auch die Stellung desselben im Systeme. Es ist daher schon aus diesem Grunde bedenklich, in dem Vergehen den Angriff auf die allgemeine Rechtsordnung und eine Usurpation der richterlichen Gewalt zu finden[72]). Wir können diesen Gesichtspunkt nicht als richtig anerkennen[73]) und stellen das Vergehen zu den Privatverbrechen[74]). Die Gründe dieser Ansicht sind schon oben entwickelt worden[75]). Aus derselben folgt auch die Zulässigkeit des Vorschlages, die Untersuchung und Bestrafung dieses Vergehens von dem Antrage des Verletzten abhängig zu machen. Der Vorschlag empfiehlt sich gewiß durch die Natur der hierher gehörigen Handlungen, welche ohnedem oft ziemlich nahe an den erlaubten Schutz unseres Rechtes grenzen und mehr die Privatverhältnisse der Interessenten berühren, sowie durch die geringe Bedeutung dieser Eigenmacht. Ohnedem geräth man, wenn Injurien, leichtere Körperverletzungen, Nöthigung und Hausfriedensbruch nur auf Antrag gestraft werden, in den Widerspruch, daß die leichteren Fälle von amtswegen, die schwereren, in jene Verbrechensarten degenerirenden Fälle aber nur auf Antrag untersucht und bestraft werden. Einige Gesetzgebungen behandeln das Vergehen der Selbsthilfe in Verbindung mit dem Duelle[76]). Die Privatrache insbesondre gewährte einen leichten Uebergang zu dem letztgedachten Vergehen.

Bei der Behandlung der Selbsthilfe sind die Rechtslehrer vielfach auf die Lehre von der Nothwehr eingegangen. Wir haben schon oben gesehen, daß die Nothwehr als ein Act der Selbstvertheidigung zu betrachten ist. Diese Auffassung verliert die Nothwehr selbst in den Fällen nicht, wo der Angriff des Anderen bereits beendigt ist und wir den schon eingetretenen Verlust auf der Stelle wieder beseitigen, z. B.

72) Vgl. z. B. Henke a. a. O.

73) Vgl. jedoch noch z. B. Abegg §. 543.

74) Zu den „Vergehen wider den öffentl. Rechtsfrieden im Staate" wird es vom bayer. Strafgesetzb. Art. 420 gestellt.

75) Vgl. noch Weidtel, über die rechtl. Grundl. der Strafgesetze S. 32.

76) Vgl. z. B. das kgl. sächs. GB. Art. 204 flg. Kgl. würtemb. GB. Art. 200 flg.

Abnahme des Gestohlenen bei dem auf der Flucht begriffenen Diebe[77]). Wir müssen hier den Angriff noch als fortdauernd betrachten. Ebenso kann man hierher den Satz über die Straflosigkeit von Eingriffen in fremde Rechtssphären zur Abwendung eines (unverschuldeten) Nothstandes nicht rechnen. Es liegt zwar hier eine über die Grenzen der Vertheidigung hinausgehende Handlung vor, da wir den Nothstand nicht selbst als einen Angriff bezeichnen können. Allein es bietet der Nothstand nicht einmal eine Analogie dar, da das Wesentliche der Selbsthilfe in der Eigenmacht zur Geltendmachung eines Rechtsanspruches gegen den Verpflichteten besteht.

An den Bestimmungen der bürgerlichen Gesetze über die Fälle erlaubter Selbsthilfe ist durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches nichts geändert worden[78]). Es ist vielmehr nach Maßgabe der ersteren die Frage zu beantworten, ob eine erlaubte Selbsthilfe vorhanden sei oder nicht. Die Criminalgesetze verweisen auch auf diese Bestimmungen, indem sie die eigenmächtige Verfolgung von Ansprüchen nur in den Fällen strafen, wo solche nicht gesetzlich erlaubt sei und hierbei selbstverständlich diese civilrechtlichen Bestimmungen im Auge haben. Die letzteren beziehen sich nicht blos auf Selbsthilfe gegen Sachen — wie häufig angenommen wird — sondern auch auf solche gegen Personen, wie z. B. die Abnahme des Geldes bei einem flüchtigen Cridar. Die Fälle erlaubter Eigenmacht gegen die Person, welche im Strafrechte vorkommen, gehören, wie gesagt, zur Selbstvertheidigung[79]). Wird eine civilrechtlich an sich erlaubte Selbsthilfe mittels Gewalt an einer Person ausgeführt, so wird dieselbe in der Regel infolge und wegen der angewendeten Gewalt als Nöthigung geahndet werden. Bei der allgemeinen Fassung der Bestimmungen über dieses Vergehen können hierher jedoch leicht Fälle gezählt werden, wo eine criminelle Ahndung offenbar höchst unangemessen sein würde, z. B. wenn dem fliehenden Gemeinschuldner das mitgenommene Geld mit Anwendung von Gewalt (wenngleich ohne jede Verletzung seiner körperlichen Integrität) abgenommen wird.

Einer eigenthümlichen Bestimmung begegnen wir in dem badischen Strafgesetzbuche §. 279: Wer außer den Fällen, in welchen die Gesetze die Selbsthilfe erlauben, eigenmächtige Handlungen vornimmt, um sich selbst Recht zu verschaffen, wird, insofern die Handlung nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht, auf die Anklage desjenigen, gegen den

77) In dieser Maße faßt z. B. auch das würtemb. Strafgesetzb. Art. 102, Nr. 2 den Fall auf.

78) Vgl. noch die interess. Verh. über das würtemb. G. betr. die privatr. Folgen der Verbrechen und Strafen, v. 5. Sept. 1839, in welchem die römischrechtl. Privatstrafen der Selbsthilfe aufgehoben worden sind, bei Wächter, im civil. Archiv Bd. XXIII, S. 79 u. die das. angef. Motiven der Regierung, sowie Hepp, Commentar z. würtemb. Strafgesetzb. Bd. I, S. 702.

79) Vgl. dagegen Hepp a. a. O. Bd. II, S. 1109.

die Eigenmacht verübt ist, wegen unerlaubter Selbsthilfe von einer dem Ankläger zufallenden Geldstrafe bis zu 150 Gulden und im Unvermögensfalle von Amtsgefängnißstrafe betroffen. Es wird immer bedenklich bleiben, eine dem Ankläger zufallende Geldbuße als Strafe in das Gesetz aufzunehmen, jedenfalls erscheint aber eine solche Privatstrafe immer noch vorzüglicher als die öffentliche Ahndung, in den meisten Fällen der Selbsthilfe. Am zweckmäßigsten erscheint es, nur die ohnedem unter andere Strafbestimmungen gehörigen schwereren Fälle mit Criminalstrafe zu belegen [80]) und in den übrigen Fällen, wenn nun einmal eine Ahndung eintreten soll, mit civilproceſſualiſchen Nachtheilen sich zu begnügen. Daß die römischrechtlichen Privatstrafen zu hart und oft ungerecht sind, ist gewiß. Der Verlust des Forderungsrechtes ist möglicherweise der Verlust des gesammten, überdies vielleicht bedeutenden Vermögens des Gläubigers und zugleich ein unberechtigter Gewinn des Schuldners. Er steht weder mit der Schwere der Eigenmacht, noch mit der der erlittenen Verletzung im richtigen Verhältnisse.

Was nun den Thatbestand der Selbsthilfe [81]) anlangt, so soll hierher die eigenmächtige Verfolgung von Ansprüchen in den Fällen gehören, wo die Verfolgung nur mittels der richterlichen Hilfe zulässig ist [82]). Diese Beschränkung auf die richterliche Hilfe hat gegenwärtig, wo die Rechtsansprüche auch, nach Befinden, vor Verwaltungs- und anderen Behörden geltend zu machen sind, keine Berechtigung. Die Eigenmacht besteht daher in der Umgehung nicht blos der richterlichen Hilfe [83]), sondern überhaupt der durch die Behörden zu erlangenden Hilfe [84]). Andererseits steht der Annahme der Selbsthilfe der Umstand nicht entgegen, daß der Eigenmächtige bereits mit seinem Anspruche von den Behörden zurückgewiesen worden ist, er also wohl wußte, daß er mit seinem Anspruche bei den Behörden, wenn er die Hilfe derselben anrufen wollte, nicht obsiegen werde. Denn selbst in einem solchen Falle fehlt doch dem Eigenmächtigen derjenige dolus, welcher seine Handlung dem Gebiete der Selbsthilfe entziehen und zu einem anderen Vergehen erheben könnte.

Selbsthilfe kann geübt werden sowohl von dem Eigenthümer gegen den Besitzer seiner Sache als vom Gläubiger gegen seinen Schuldner. In der letzteren Hinsicht ist der Begriff der Selbsthilfe darauf nicht beschränkt, daß der Gläubiger gerade die Sache dem Schuldner entziehe,

80) Die Gesetzgebungen des Großh. Hessen (Art. 167), Braunschweigs (Art. 118) bestrafen nur die mit Gewalt verbundene Selbsthilfe, die sie jedoch noch als Selbsthilfe prädiciren. Die Gesetzg. Frankreichs und Preußens kennen kein bes. Vergehen der Selbsthilfe.

81) Eine ausführliche Darstellung der einzelnen Requisite haben wir schon früher in den N. Jahrb. für sächs. Strafr. Bd. I, Heft 2, S. 114 flg. Heft 3, S. 31 flg. geliefert.

82) Vgl. z. B. kgl. sächs. StGB. Art. 204. Kgl. bayer. Art. 420.

83) So z. B. Hepp a. a. O. S. 1116.

84) Vgl. noch Hufnagel, Commentar Bd. III, S. 248 flg.

auf deren Herausgabe er ein persönliches Recht hat, sondern es gehören auch die Fälle hierher, wo der Gläubiger sich wegen einer Forderung aus dem Vermögen des Schuldners bezahlt macht oder zur Sicherstellung eines Anspruches sich irgend einer Sache des Schuldners bemächtigt[85]). Die Selbsthilfe kann ferner auch gegen dritte Personen, welche Sachen des Schuldners inne haben, ja selbst gegen den Schuldner des Schuldners verübt werden[86]). Auch hier wird die besondere Absicht, aus welcher die Handlung des Gläubigers entsprungen ist, entscheiden. Die Ueberzeugung des Handelnden, daß ihm ein rechtmäßiger Anspruch gegen den Anderen zustehe und die Absicht desselben, durch die von ihm vorgenommene Handlung nur dieses Recht gegen den erklärten oder präsumtiven Willen des Anderen geltend zu machen oder sicher zu stellen, sind die charakteristischen Merkmale der Selbsthilfe. Der Eigenmächtige will dem Anderen — genau genommen — keinen Schaden zufügen, sondern nur dasjenige sich verschaffen, auf welches er ein Recht zu haben glaubt[87]).

Der Anspruch kann ein wirklicher oder vermeintlicher sein[88]). Die bona fides steht dem Eigenmächtigen auch bei dem vermeintlichen Anspruche zur Seite und der Irrthum desselben über die Unzulässigkeit seiner Forderung muß ihn gegen die Annahme eines bei ihm gar nicht vorhandenen dolus schützen. Selbst ein Rechtsirrthum kann ihm nicht präjudiciren, da er sich auf die Unkenntniß der Civilgesetze bezieht und diese Unkenntniß nicht mit der Unkenntniß über die Strafbarkeit einer Handlung gleich behandelt werden kann, ganz abgesehen davon, daß sich über die Statthaftigkeit eines Anspruches oft nicht vor der Erörterung desselben im geordneten Civilprocesse ein sicheres Urtheil fällen läßt. Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen eines offenbar unbegründeten Anspruches aus der ganzen Sachlage mit Sicherheit die Ueberzeugung des Eigenmächtigen von der Unrechtmäßigkeit seines Anspruches sich abnehmen lassen muß. Dies gilt insbesondre in den Fällen, wo Jemand die widerrechtliche Besitzergreifung fremder Sachen dadurch als Selbsthilfe zu charakterisiren und sich gegen die Strafe des Diebstahles u. s. w. zu schützen sucht, daß er sich auf Schadenansprüche an den Verletzten beruft, welche dieser nicht anerkennt. Es werden zwar auch unbegründete Schadenansprüche bei der Feststellung des Thatbestandes der Selbsthilfe nicht auszuschließen, aber gerade bei ihnen

---

85) Ueber die Selbsthilfe bei Verletzungen von Servitutrechten u. dergl. Schwarze a. a. O. S. 105 flg.

86) Vgl. über diese Fälle Schwarze a. a. O. S. 115 flg.

87) Hieraus folgt zugleich, daß die Handlungen, auf Grund deren die a. quod metus causa angestellt werden kann, mit der Selbsthilfe nichts gemein haben. Denn die a. metus causa setzt nach der ausdrücklichen Erklärung in L. 12. §. 2. D. 4. 2. einen Schaden voraus.

88) Hufnagel, Commentar Bd. I, S. 322. Bd. III, S. 249.

wird in Rücksicht auf die bekannten Erfahrungen besondere Vorsicht anzuwenden sein.

Der Anspruch muß ein bestrittener oder wenigstens ein solcher sein, dessen Anerkennung und Befriedigung durch den Schuldner vom Gläubiger bezweifelt wird. Die Wegnahme einer uns gehörigen Sache, ohne daß wir den Widerspruch des derzeitigen Inhabers zu fürchten haben, aus dem Gewahrsame des Letzteren ist daher an sich schon von dem Begriffe der Selbsthilfe ausgeschlossen. So wenn wir z. B. eine von uns in der Wohnung eines Freundes liegengelassene Sache aus derselben ohne vorherige Genehmigung des Letzteren abholen. Es bedürfte hier keiner obrigkeitlichen Hilfe, um unser Recht geltend zu machen [89]). Ebenso wenn Jemand den ihm gestohlenen Hund auf der Straße trifft, ihn anruft und mit nach Hause nimmt, obgleich er den Dieb kennt und also auch gerichtlich ihn in Anspruch nehmen konnte. Es war hier das Recht der Ansichnahme noch gar nicht bestritten.

Es wird eine eigenmächtige Verfolgung verlangt. Das Wort „eigenmächtig" kann neben den Worten „mit Umgehung ꝛc." nicht gerade als überflüssig angesehen werden. Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, daß bei der Selbsthilfe ein Hinübergreifen in die fremde Rechtssphäre verlangt wird, — sonach kein blos passives Verhalten. Es reicht daher auch die bloße Weigerung, eine Forderung des Anderen anzuerkennen oder zu befriedigen, wegen entgegenstehender, wenngleich vom anderen Theile bestrittener Gegenforderungen, nicht hin. Hierher gehört insbesondre die unbefugte Retention einer Sache zur Sicherstellung vermeintlicher Ansprüche. Sie kann nicht als Selbsthilfe betrachtet, überhaupt nicht — im Sprachgebrauche des täglichen Lebens — als eigenmächtige Verfolgung bezeichnet werden. Der Eigenmächtige muß positiv thätig gewesen sein. In Fällen der gedachten Art fehlt es aber an einer wirklichen Thathandlung, durch welche er sich erst in Besitz der Sache setzt [90]). Für diese Auffassung sprechen auch die in mehreren Gesetzen gebrauchten Worte, als „in Vollzug setzt" (Würtemberg, Braunschweig), „Handlungen vornimmt" (Baden). Hieran schließt sich die Frage, ob es zur Selbsthilfe gehört, wenn der Gläubiger den Schuldner durch falsche Vorspiegelungen zur Uebergabe einer Sache an ihn in der Absicht bestimmt hat, diese Sache zur Befriedigung eines Anspruches zu behalten? Die Frage ist schon nach römischem Rechte und ebenso nach dem jetzigen Rechte zu verneinen. Nach Befinden, obgleich nur ausnahmsweise, kann der Thatbestand eines Betruges vorhanden sein. Allerdings liegt eine Handlung des Gläubigers vor, welche in der Absicht der Befriedigung u. s. w. vorgenommen wurde, und ohne daß der Schuldner mit dieser Absicht einverstanden war.

---

89) Vgl. noch Klein, in s. Ausg. v. Quistorp's Grunds. §. 188 flg. Henke a. a. O. Anm. 8. Schwarze a. a. O. S. 129.

90) Schwarze a. a. O. S. 122 flg.

Vielmehr sollte derselbe getäuscht werden. Allein jedenfalls war die Ansichnahme oder Uebergabe nicht ohne den Willen des Inhabers erfolgt. Die Täuschung über das Motiv des Gläubigers, verbunden mit der späteren Retention, kann, wie bemerkt und unter Umständen, das Verbrechen des Betruges constituiren, nichts aber an der Thatsache ändern, daß sich der Gläubiger nicht wider den Willen des Schuldners in den Besitz der Sache gesetzt hat.

Die Eigenmacht muß zu dem Zwecke der Rechtsverfolgung angewendet worden sein. Es kann daher z. B. derjenige, welcher mit geschwärztem Gesichte seinen Schuldner auf der Straße anfällt und beraubt, späterhin nicht darauf, daß dieser sein Schuldner sei, sich berufen. Eine mindestens starke Vermuthung wider sich und wider die Annahme der Selbsthilfe wird daher der Gläubiger erwecken, welcher nach heimlich erfolgter Wegnahme der Sache die Ansichnahme leugnet. Geradezu ausgeschlossen würde die Selbsthilfe und die Annahme des Diebstahles indicirt sein, wenn der Gläubiger die Wegnahme leugnete und nunmehr noch den Anspruch (wegen dessen er durch die weggenommene Sache befriedigt sein würde) gerichtlich geltend macht.

Vollendung. Das römische Recht läßt, wie bei den meisten derjenigen Delicte und anderen rechtswidrigen Handlungen, die mit einer nach dem Werthe der entzogenen Sache abzumessenden Vermögensbuße belegt sind, die letztere nur dann eintreten, wenn die Sache wirklich dem Gewahrsam des Verletzten entzogen ist. So auch bei der Selbsthilfe. Das Gesetz spricht lediglich von einem Gläubiger, qui rem non sponte traditam possidet vel accepit. Der bloße Versuch, sich Recht zu schaffen, blieb daher von dieser Bestimmung ausgeschlossen[91]). Die Worte „geltendmacht" sind zweifelhaft. Der bloße Versuch der Ansichnahme einer Sache muß jedoch in den Gesetzen hinreichen, wo gesagt ist: „Wer — sich erlaubt, um — ein behauptetes Recht eigenmächtig zu verfolgen"[92]) oder „eigenmächtige Handlungen vornimmt, um sich selbst Recht zu verschaffen"[93]). Auf die Ansichnahme selbst dagegen weisen die Worte „in Vollzug setzt" hin[94]). In diesen Gesetzen wird ein gleichsam beendigter Executionsact vorausgesetzt. Von selbst versteht sich, daß hiermit nicht die vollständige Erreichung des beabsichtigten Zweckes postulirt wird. Es wird der Thatbestand des vollendeten Vergehens z. B. dadurch nicht alterirt, daß dem Gläubiger alsbald die Sache wieder abgenommen wurde[95]).

Der Unterschied der Selbsthilfe von anderen Verbrechen, mit welchen sie in ihrer äußeren Erscheinung verwandt ist, ergiebt sich leicht, wenn man den charakteristischen animus, welchen die Selbsthilfe voraus-

91) Linde a. a. O. S. 402.
92) Vgl. Großh. Hessen Art. 167.
93) Vgl. Braunschweig §. 279.
94) Vgl. würtemb. Art. 200. Hepp a. a. O.
95) Vgl. Anm. z. bayer. Strafgesetzb. Bd. III, S. 284.

setzt, festhält. Insbesondre gilt dies vom Diebstahle[96]). Was vorzüglich das furtum possessionis anlangt, so wird dasselbe mit Unrecht ohne weiteres der Selbsthilfe beigezählt[97]). Die Wegnahme der res obligata ist nach römischem Rechte ein Diebstahl, wird aber seltener eine Selbsthilfe sein. Es ist nämlich hier nicht blos, wie bei der Selbsthilfe, ein widerrechtliches Mittel, sondern was die Selbsthilfe ausschließt, ein widerrechtlicher Zweck vorhanden. Der Begriff der Selbsthilfe verlangt, daß der Schuldner die Rückgabe der von ihm dem Anderen verpfändeten Sache rechtlich fordern zu können überzeugt ist und Widerspruch des Gläubigers fürchtet. Ist der Schuldner dagegen überzeugt, daß er auf die Rückgabe der Sache zur Zeit keinen Anspruch zu machen habe, so ist die heimliche Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsame des Gläubigers keine Selbsthilfe. Ein Diebstahl ist es nach der jetzigen Auffassung dieses Verbrechens nicht, weil derselbe eine fremde Sache voraussetzt und es immerhin bei dieser Auffassung bedenklich sein würde, die eigene Sache deshalb, weil der Eigenthümer derzeit wegen der Rechte eines Dritten zu ihrer Rückforderung nicht berechtigt ist, einer fremden gleichzustellen[98]). — Die Absicht des Eigenmächtigen, nur seinen Anspruch geltend zu machen, scheidet auch die Selbsthilfe, wenn sie mit Gewalt gegen die Person ausgeübt wird, von dem Verbrechen des Raubes. Der animus rapiendi, wenn er auch nicht unbedingt auf einen Gewinn für den Räuber, doch geradezu auf einen materiellen Schaden des Verletzten abzweckt, stempelt jedenfalls den Zweck der angewendeten Gewalt zu einem an sich widerrechtlichen. Aus gleichem Grunde kann die Selbsthilfe auch nicht in das Verbrechen der Erpressung übergehen, welches gleichfalls einen an sich widerrechtlichen Vermögensvortheil voraussetzt. Auch bei der Unterschlagung entscheidet dieser animus. Es wird jedoch gerade hier im einzelnen Falle die Grenzlinie zwischen Unterschlagung und Selbsthilfe schwer zu bestimmen sein, weil zu befürchten ist, daß der Gläubiger das zwischen ihm und dem Schuldner stattfindende Schuldverhältniß zum Deckmantel für die von ihm in Betreff der ihm anvertrauten Sache verübten Betrügereien, Unterschlagungen u. s. w. gebrauche.

Es wurde oben bemerkt, daß das Verbrechen der Selbsthilfe in ein schwereres Verbrechen übergehen könne. Auch hier ändert sich zwar der charakteristische animus nicht, allein, wenn die Eigenmacht zugleich als eine Verletzung der Integrität des Körpers des Gegners oder seiner Sachen oder des Hausfriedens desselben erscheint, so kann die bedeutende Verletzung, durch welche der Zweck der Eigenmacht in Vollzug gesetzt

96) Offenbar unrichtige Ansichten werden hier von Klein, L. v. Diebstahle S. 295 flg. und Hepp, Versuche über einz. Lehren der Strafrechtsw. S. 213 vorgetragen. Vgl. hierüber Schwarze a. a. O. S. 35 flg.

97) So im kgl. sächs. GB. Art. 205.

98) Vgl. noch über die übrigen hierher gehörigen Fälle Schwarze Heft 3, S. 47 flg.

werden soll und welche an sich und stets schon ein besonderes Verbrechen bildet, nicht als ein Nebenmoment in den Hintergrund geschoben werden, sondern bestimmt nun das Wesen des Verbrechens. Daher geht die Eigenmacht in das Verbrechen des Land- und Hausfriedensbruches, der Körperverletzung, der culposen Tödtung über, wenn durch die Eigenmacht die diesen Verbrechen correspondirenden Rechte des Gegners, welche höher stehen als das Befugniß, nur mittels der gesetzmäßigen Gewalt zur Befriedigung des Gegners angehalten zu werden, verletzt worden sind.

Eine Concurrenz der Selbsthilfe mit anderen Verbrechen wird nur selten eintreten. Es läßt sich überhaupt eine formale Concurrenz der Verbrechen nur dann annehmen, wenn die That gerade, wie sie in concreto vorliegt, dergestalt in zwei oder mehrere Rechtsverletzungen zertheilt werden kann, daß jede derselben auch ohne die andere und von derselben völlig verschieden ein für sich bestehendes, abgeschlossenes Verbrechen bilden würde. So kann die Selbsthilfe in eine Körperverletzung übergehen, wenn der Eigenmächtige durch die letztere seinen Zweck verfolgen will, allein eine Concurrenz liegt deshalb nicht vor, weil die Körperverletzung eben auch nur die Handlung ist, durch welche sich die Selbsthilfe hier äußert und letztere keine thatsächliche Unterlage mehr haben würde, wenn man jene Handlung der concurrirenden Körperverletzung zutheilen wollte. Eben weil beide — Selbsthilfe und Körperverletzung — nicht hier in facto getrennt werden können und in derselben Handlung sich äußern, ist nur ein Verbrechen vorhanden; die Selbsthilfe geht in das schwerere Verbrechen der Körperverletzung über.

Schwarze.

Servituten[1]). Einleitung[2]). Als die ältesten Servitutenbildungen erscheinen die Wege- und Wasserleitungsservituten. Die Einnahme fester Wohnsitze von Seiten eines Volkes führt zur Zerlegung der zeither unbegrenzten und unendlichen Gebilde in einzelne fest umgrenzte Grundstücke, wodurch aus der einen Erdoberfläche eine Menge einzelner Sachen entstehen, welche infolge rechtlicher Fiction eine ebenso von einander unabhängige Existenz und Individualität haben, wie die

---

1) Quellen: Inst. lib. II. tit. 3—5. Dig. lib. VII. tit. 1—9. Lib. VIII. tit. 1—6. Cod. lib. III. tit. 33. 34. Literatur: Caepollo, de servitut. praedior. rusticor. et urbanor. 1666. Io. d'Orezan, servitutum liber, in Meerman. Thes. iur. T. IV. p. 119. sq. Westphal, interpret. iur. civ. de libertat. et servitut. praediorum. 1773. Glück, Erl. der Pand. Bd. IX, X, S. 1—268. Münter, von den Servituten. Th. I von den Prädialservituten. 1806. Stever, de servitutibus praediorum, 1817, unverändert abgedruckt 1820. Luden, die Lehre von den Servituten, 1837. Hoffmann, die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte Th. I, 1838. Th. II, 1843. Elvers, die römische Servitutenlehre Heft 1, 1854. Aeltere Schriften siehe bei Glück Bd. IX, S. 2. Bd. X, S. 1, N. 1. Wir folgen hauptsächlich Elvers, soweit es erschienen ist.

2) Elvers a. a. O. S. 1—25.

einzelnen beweglichen Sachen, und zwar durch Fallen der Grenzen wieder zu einem neuen, wenn auch größeren Grundstücke vereinigt werden können, aber nie wieder zu der alten ungebundenen Erdoberfläche werden. Die durch die Theilung des Grundes und Bodens entstehende rechtliche gänzliche Unabhängigkeit der einzelnen Grundstücke von einander erschwert, wenn sie streng durchgeführt wird, unter Umständen die Benutzung eines Grundstückes, welche sie doch befördern soll, macht sie sogar bisweilen ganz unmöglich, weil häufig ein gänzlich isolirtes Grundstück nöthiger oder nützlicher Eigenschaften durchaus ermangelt, die aus dem Ueberflusse eines anderen leicht ergänzt werden können. Es ist daher eine theilweise Wiedervereinigung der getrennten Grundstücke zum Zwecke der gegenseitigen Ergänzung nothwendig, um das durch die Natur ihnen Versagte künstlich zu ersetzen. Dies gilt vor allem von dem ersten Erfordernisse der Benutzung eines Grundstückes, von der Zugänglichkeit desselben, welches überall mit gleicher gebieterischer Nothwendigkeit zur Hervorrufung der an sich einfachen, die Abhilfe gewährenden Rechtsbildungen führt, während die Einführung anderer Institute, welche auch andere fehlende Eigenschaften künstlich ergänzen, einen höheren Culturgrad voraussetzt. In südlichen Gegenden führt insbesondre noch der so häufig vorhandene Wassermangel zu der Nothwendigkeit, diesen Mangel zu ersetzen, und weil die Natur dessen Abhilfe aus dem Ueberflusse eines anderen Grundstückes selbst an die Hand giebt, zu bestimmten Rechtsbildungen. Die Art und Weise, wie den gedachten Bedürfnissen abgeholfen wird, ist verschieden, wenn einzelne Familien durch selbstständige Occupation des Grundes und Bodens die einzelnen Grundstücke aus der Gesammtmasse ausscheiden und wenn ein schon geordnetes Volk das von ihm in Besitz genommene größere Gebiet unter sich nach bestimmten Regeln vertheilt. Letzteres Verhältniß tritt uns bei den Römern vorzugsweise entgegen, namentlich bei den zu allen Zeiten üblichen Vertheilungen öffentlichen Landes unter die Bürger, und es ist wahrscheinlich, daß schon die Völker, aus welchen sich das römische Rechtsleben entwickelte, die vor der Eroberung bereits erlangte Gliederung auf das eroberte Land übertragen und dasselbe nach bestimmten Regeln unter die Volksgenossen vertheilt haben. Die in diesen Fällen zu dem Zwecke, um jeder einzelnen Parcelle den Zugang zu sichern, getroffenen Einrichtungen sind aus den noch in späterer Zeit bei der Assignation öffentlichen Landes an die Einzelnen und namentlich bei Gründung von Colonien geltenden, in den Schriften der Agrimensoren aufbewahrten Regeln erkennbar. Sowie die behufs der Abmessung gezogenen Linien (die limites und rigores) zu öffentlichen Wegen erweitert wurden, und dadurch jede einzelne Parcelle mit dem Straßennetz der ganzen Colonie in Verbindung kam, so war vermuthlich auch schon gleich bei früheren Vertheilungen die innere Stadt und die ganze Feldmark mit öffentlichen Wegen durchschnitten; die Herstellung des Zuganges zu den entfernten Parcellen dadurch, daß die mit der Leitung des

Theilungsverfahrens beauftragte öffentliche Gewalt andere Grundstücke mit einer ausschließlich zum Vortheil jener Parcellen auszuübenden Wegegerechtigkeit belastete, hat gewiß nicht stattgefunden [3]). Zur Entstehung der Wegegerechtigkeiten, welche hiernach für die von der öffentlichen Gewalt getheilten Grundstücke mit der ersten Abgrenzung und Assignirung nicht gleichzeitig war, konnte aber das Bedürfniß eines bequemeren und näheren Weges neben einem schon bestehenden führen, obwohl es ungewiß ist, ob hierin der erste Grund der Entstehung der Servituten zu suchen ist; ein anderer Grund zur Entstehung lag in der Theilbarkeit der assignirten Parcellen. Anders ist das Verhältniß, wenn die Ausscheidung der einzelnen Grundstücke aus der Gesammtmasse durch Occupation bewirkt wird, was auch bei den Römern vorgekommen ist, indem es erobertes Land gab, welches der Besitznahme eines Jeden, welcher die nöthigen Mittel zur Bebauung hatte oder zu erlangen hoffte, offen stand. In welcher Form die Occupation geschehen mußte und inwieweit eine Mitwirkung der öffentlichen Gewalt dabei stattfand, ist unbekannt. Hing die Occupation lediglich von dem Willen der Einzelnen ab und war die öffentliche Gewalt nur insoweit thätig, als sie da, wo das allgemeine Interesse es verlangte, öffentliche Wege führte, so können durch Privatwillkür bei diesen occupirten Grundstücken Wegegerechtigkeiten, welche nur dem einzelnen Occupanten zustanden, entstanden sein. Als älteste und lange Zeit einzige Form der Privatwege über fremde Grundstücke darf man aber nicht die annehmen, daß derjenige, welcher einen solchen Privatweg erwerben wollte, das Eigenthum an dem Streifen Landes, der den Weg einnahm, erwerben mußte [4]); was eines Theiles deshalb unzulässig ist, weil der Wegeberechtigte als Eigenthümer des Weges jedes Betreten desselben hätte verbieten können und dadurch das Grundstück, über welches der Weg hinlief, zerrissen und jede gemeinsame Benutzung der Theile unmöglich gemacht worden wäre; anderen Theiles deshalb, weil die allem Anscheine nach älteren beiden Formen der Wegeservituten, actus und iter, gar nicht einen

---

3) Das Gegentheil nimmt an Zachariä von Lingethal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (Heidelberg 1844) S. 18. Siehe aber dagegen Elvers a. a. O. §. 1, N. c, S. 4, 5. Gegen des Ersteren Annahme, daß gleich bei der ersten Theilung des römischen Gebietes schon durch die öffentliche theilende Gewalt vermöge der lex agris dicta Wege- und Wasserleitungsservituten auferlegt worden seien, spricht insbesondre der Schlußsatz der Schrift des Hyginus de generibus controversiarum, wornach Streitigkeiten über Wegegerechtigkeiten nicht unter die Cognition der Agrimensoren, sondern der richterlichen Gewalt fallen, und die Agrimensoren nur als Sachverständige bei Streitigkeiten über Servituten concurriren, während sie doch sonst in allen den kleineren Sachen zu entscheiden, in den größeren als advocati zu fungiren hatten, wo Verhältnisse in Frage kamen, welche bei der Assignation des Landes festgestellt waren.

4) Dieser Meinung sind Bergmann, animadvers. de indole Roman. iurium in re. Sp. I. Göttingen 1805. Düroi, im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 236 flg. S. dagegen Elvers a. a. O. S. 8 flg.

bestimmten Weg voraussetzen, sondern in der Regel, wenn nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist, das ganze dienende Grundstück umfassen. Als älteste positive Zeugnisse für das Dasein der Wegeservituten werden insgemein zwei Fragmente der 12 Tafeln angesehen, das eine über die Breite der via: Viae latitudo in porrectum VIII pedes habet, in anfractum XVI[5]), das andere von Cicero[6]) berührte: Si via sit immunita, iubet (lex) qua velit, agere iumentum, auf welches ebenfalls in einer unvollständig erhaltenen und verderbten Stelle des Festus[7]) hingedeutet wird. Wahrscheinlich haben aber beide Bruchstücke zunächst nicht von den Servituten, sondern von den öffentlichen Wegen gesprochen[8]); ersteres ist aber später auf die eine der Wegeservituten, die via, angewendet worden[9]). Die Wegeservituten werden unzweifelhaft erst bei Cicero erwähnt[9a]); daß aber solche schon seit der ältesten Zeit vorgekommen seien, daran kann bei dem so nahe liegenden Bedürfnisse nicht gezweifelt werden. Nächst den Wegeservituten ist die auf Abhilfe des in südlichen Gegenden so empfindlichen häufigen Wassermangels gerichtete Wasserleitungsservitut (aquaeductus) eine der ältesten Rechtsbildungen auf dem Gebiete der Servituten. So wenig uns über die Art und Weise und die Zeit ihrer Entstehung etwas erhalten ist, so läßt sich doch eine der den Wegeservituten analoge Entwickelung annehmen. Wenn sie bisweilen in unseren Rechtsquellen in einer Gestaltung erscheint, in welcher sie den durch die öffentliche Gewalt angelegten und ausschließlich auf öffentlichen Grund und Boden geführten Wasserleitungen nachgebildet ist, so ist doch, wenn auch die erste öffentliche Wasserleitung nach ausdrücklichen Zeugnissen[10]) erst mehrere Jahrhunderte nach Erbauung Roms angelegt worden ist, deshalb nicht der erste Anfang dieser Servitut in so späte Zeit zu verlegen; vielmehr kann das von den öffentlichen Wasserleitungen auf die Servitut Uebertragene der späteren Zeit angehören, die Servitut selbst aber schon früher vorgekommen sein. Schon die 12 Tafeln handelten von Privatwasserleitungen, welche über öffentliche Wege geführt waren[11]); sie müssen

5) Es ist aufbewahrt von Varro, de lingua latina VII. §. 15. Gaius in L. 8. D. 8. 3.

6) Cic. pro Caecina c. 19.

7) Fest. s. v. Viae. Daß diese Stelle auf die 12 Tafeln sich bezieht, geht aus den Worten qua volet iumenta agito und daraus, daß diese in Verbindung mit der Wegebesserung (vias maniunto) vorkamen, hervor. Vgl. über diese Stelle und die verschiedenen Restitutionsversuche Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XII, S. 394—399.

8) Puchta, kleine civil. Schriften S. 78—91. Huschke a. a. O. Für dies letztere Bruchstück geht dies insbesondre aus der Stelle des Festus hervor.

9) L. 13. §. 2. 3. D. 8. 3. L. 6. D. 8. 6.

9a) Cic. pro Caecina c. 19. 26.

10) Frontinus de aquaeductibus c. 128.

11) L. 5. D. 43. 8. Daß von öffentlichen Wasserleitungen hier nicht die Rede ist, ergiebt sich aus der daselbst gestatteten Entschädigungsklage; denn daß diese zur Zeit der 12 Tafeln nicht gegen den Staat gerichtet werden konnte,

demnach auch solche gekannt haben, welche über fremde Grundstücke gingen, und die darauf gerichtete Servitut. Beweise dafür, daß die Wege- und Wasserleitungsservituten bei den Römern die ältesten Servituten, wenigstens unter den Realservituten, waren, sind folgende. Erstlich werden sie noch zur Zeit der Pandektenjuristen nicht nur als stehende, als hergebrachte Beispiele, sondern als Repräsentanten der ganzen Masse der damals anerkannten Servituten behandelt, und es werden manche für alle Servituten geltenden Regeln nur für sie ausgesprochen [12]); ja die vier Servituten, iter, actus, via, aquaeductus, werden auch von Ulpian als die einzigen wirklichen Realservituten von den ihnen nur nachgebildeten anderen Arten scharf geschieden [13]). Zweitens spricht für das höhere Alter dieser Servituten, daß zur Zeit der classischen Juristen die vier genannten Servituten allein unter allen Real- und Personalservituten zu den res mancipi gezählt wurden [14]). — Wie auf dem Gebiete der Realservituten die Wege- und Wasserleitungsservituten die ältesten Bildungen sind, so ist unter den Personalservituten die älteste der Ususfructus. Die ersten Anfänge desselben sind in den letztwilligen Verfügungen zu suchen; noch in späterer Zeit galt die Errichtung durch Testament als die regelmäßige und auch wohl häufigere Entstehungsart, wie z. B. daraus hervorgeht, daß der Senatsschluß, in dessen Folge der Nießbrauch auf verbrauchbare Sachen ausgedehnt wurde, blos vom Legate des Nießbrauches handelt [15]). Die Veranlassung zur Einführung des Nießbrauches ist wohl in dem ähnlichen Verhältnisse zu suchen, in der Absicht des Erblassers, seinen Ehegatten, der nach römischem Erbrechte nie ein ausschließliches gesetzliches Erbrecht hatte, in dem factischen Verhältnisse zu allen den Sachen zu lassen, die

---

ist unzweifelhaft; ebensowenig konnte eine solche zur Kaiserzeit gegen den Fiscus angestellt werden, wie ja überhaupt die Idee der Vertretung der moralischen Person des Staates in vermögensrechtlicher Beziehung durch den Fiscus, insoweit es sich von Haftung für Handlungen öffentlicher Beamten handelt, den Römern fremd ist.

12) L. 17. D. 8. 1. L. 3. §. 2. D. 19. 1. von Pomponius; L. 4. D. 43. 20. von Julianus; dann Paulus in Sent. lib. I. tit. 17. L. 26. D. 8. 3. L. 1. D. 33. 2. L. 7. D. 43. 20.

13) L. 2. pr. D. 8. 3. wo sie als servitutes praediorum rusticorum genannt und definirt werden; darauf wird in §. 1 fortgefahren: In rusticis computanda sunt: aquaehaustus etc. eine Stelle, welche in ihrer ursprünglichen Gestalt wohl in §. 1. Inst. II. 3. erhalten ist. Auch an anderen Stellen nennt Ulpian nur diese vier Servituten. Vgl. Ulpian. Fragm. tit. XIX. §. 1. L. 72. D. 45. 1.

14) Ulpian. Fragm. tit. XIX. §. 1. Daß dort die genannten vier Servituten die einzigen sind, welche res mancipi sind, geht daraus hervor, daß auch von den quadrupedes, quae dorso collove domantur, nur die boves, muli, equi, asini als res mancipi bezeichnet, elephanti und cameli aber ausdrücklich davon ausgeschlossen werden. Gai. Inst. Comm. II. §. 17. 29. spricht zwar davon, daß servitutes praediorum rusticorum res mancipi seien und mancipirt würden; allein auch er versteht wahrscheinlich nur die genannten vier Servituten hierunter, wie überhaupt die Sabinianer. Vgl. Elvers a. a. O. S. 12, 14.

15) L. 1. D. 7. 5. Düroi, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VI, S. 296.

diesen während der Ehe umgeben hatten, ohne daß sie jedoch dem Erben entzogen und der Familie des anderen Ehegatten zugewendet werden sollten. Durch die dem Erben auferlegte persönliche Verpflichtung, die Benutzung der Sache der bedachten Person auf ihre Lebenszeit zu gestatten, wurde diese Absicht nicht vollkommen erreicht, weil der Erbe, wenn er auch zur Entschädigung verpflichtet war, doch die Sache veräußern konnte, so daß der Nießbrauch gefährdet war. Es hat aber wohl dieses Obligationsverhältniß den Uebergang zum Ususfructus als Servitut gebildet. Jedenfalls ist der Nießbrauch schon früh, vielleicht bald nach den 12 Tafeln entstanden. Für sein höheres Alter im Verhältniß zu den übrigen Personalservituten ist entscheidend, daß er im Durchschnitt als Repräsentant der Personalservituten überhaupt behandelt wird, dergestalt, daß die meisten Regeln nur für ihn aufgestellt und die anderen Personalservituten nur als Abarten angeführt werden, hinsichtlich deren die Bemerkung der Abweichungen genügt. Völlig ausgebildet findet sich der Nießbrauch, nicht die anderen Personalservituten, zu Cicero's Zeit[16]). — Bei der gänzlich verschiedenen äußeren Erscheinung der Wege- und Wasserleitungsservituten auf der einen, des Nießbrauches auf der anderen Seite, sowohl in Bezug auf die Dauer als auf den Umfang des Rechtes sind anfänglich die gemeinsamen Elemente wohl schwerlich erkannt worden und es hat wohl vielmehr ein getrennter Entwickelungsgang auf beiden Seiten stattgefunden. Allein nach und nach entstanden Bildungen, welche sich zwar um die ursprünglich gegebenen Kernpunkte ansetzten, aber auch von dem entgegengesetzten Institute Bestandtheile annahmen. Die in der Wasserleitungsservitut anerkannte Möglichkeit, von dem Ertrage der einen Sache der anderen etwas zuzuführen, führte zu weiteren Servitutenbildungen, wie zu dem Rechte, Sand zu graben und Steine zu brechen, und endlich zu dem Rechte, Holz zu fällen oder Vieh zu weiden; waren letztere Befugnisse verliehen, so bestand hinsichtlich der Qualität und des Umfanges der Befugniß zwischen Nießbrauch und Realservitut unter Umständen kein Unterschied, sondern nur noch hinsichtlich der Dauer[17]). Auf der anderen konnte die durch den Willen der Constituenten zulässige Veränderung der regelmäßigen Gestalt des Nießbrauches auf eine gemeinsame Grundlage beider Institute hinführen, indem der Nießbrauch an den Besitz eines herrschenden Grundstückes geknüpft und im einzelnen Falle auf eine so beschränkte Befugniß zurückgeführt wurde, daß der ihm hiernach bleibende Inhalt auch Gegenstand einer Realservitut sein konnte, so daß der Unterschied wieder nur in der verschiedenen Dauer

16) Cic. pro Caec. c. 4. Top. c. 3. 4. Die erste Stelle handelt von dem Legate eines usussfructus bonorum zu einer ideellen Hälfte, die zweite von einem ususfr. aedium und bonorum, die dritte von einem ususfr. ancillarum, sämmtlich unter der Voraussetzung der Entstehung durch Legat.

17) So kann nach L. 32. D. 7. 1. in dem Nießbrauche eines Grundstückes häufig nur das Weiderecht liegen.

lag. Daher hat auch das römische Rechtsleben der späteren Zeit einen gemeinsamen, allen Bildungen von den Wegeservituten bis zum Nießbrauche zum Grunde liegenden Grundbegriff anerkannt und diesen durch den Namen servitus bezeichnet. Der erste gemeinsame Name für die Wege- und Wasserleitungsservituten war wohl iura praediorum; der sich nach Entstehung der Gebäudeservituten, iura praediorum urbanorum, zu iura praediorum rusticorum erweitert und dann die übrigen ländlichen Servituten mit begreift. Der Name servitus gehört späterer Zeit an; in seiner ältesten und engsten Bedeutung bezeichnet er blos die Realservituten [18]). Der Name servitus ist wohl von dem unfreien Verhältniß eines Menschen, welches zunächst dadurch bezeichnet wird, auf das Verhältniß der dienenden Sache (fundus servus) [19]) übertragen worden. Erst später, bis zur Zeit der classischen Juristen, umfaßte der Name Servitut auch die Personalservituten, namentlich den Nießbrauch [20]); allein die hiermit abgeschlossene Anerkennung des gemeinsamen Grundbegriffes dieser Rechtsbildungen blieb doch immer mehr eine äußerliche, welche nicht die ganze Jurisprudenz durchdrang. Denn in den Justinianeischen Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten und Codex werden die dinglichen und persönlichen Servituten getrennt behandelt, was nicht etwa in dem Unverstande der Compilatoren seinen Grund hat, sondern in der römischen Rechtswissenschaft selbst, in welcher diese getrennte Behandlung üblich war, obgleich sonst das Gemeinsame der Realservituten und des Nießbrauches nicht verkannt wurde [21]). Für die gemeinsame Behandlung beider in der heutigen Rechtswissenschaft spricht, daß es beiden gemeinsame Grundsätze wirklich giebt, wie oben hinsichtlich der Entstehung und der Klagen; die Schwierigkeit ist nur die, die Auflösung des Grundbegriffes der Servitut zu finden, von dem

---

18) Gai. Epit. Inst. II. 1. §. 3. Vgl. §. 3. Inst. II. 3. L. 1. §. 1. fin. D. 1. 8.

19) L. 20. §. 1. D. 41. 1. L. 6. §. 3. L. 15. D. 8. 4.

20) Der Ausdruck war auch zu Julian's Zeit zu keiner abgeschlossenen Bedeutung gelangt; denn dieser Jurist bezeichnet in L. 86. §. 4. D. 30. die Superficies als eine Servitut.

21) Vgl. L. 5. pr. D. 8. 1. L. 2. pr. D. 8. 5. In der ersten Stelle, welche aus des Gai. lib. 6. 7. ad Edictum provinciale entlehnt ist, verweist Gajus auf eine andere Stelle, in welcher er von den Arten der Begründung des Nießbrauches gesprochen habe. Diese andere Stelle, aus demselben lib. 7. ad Edict. provinc. entlehnt, ist L. 6. D. 7. 1. In der zweiten Stelle spricht Ulpian, aus dessen lib. 17. ad Edictum dieselbe genommen ist, von den der Realservituten wegen zustehenden dinglichen Klagen, welche ad exemplum eorum, quae ad usumfructum pertinent, zustünden. Schon früher hatte er an einer anderen Stelle desselben lib. 17. ad Edictum von den wegen des Nießbrauches zustehenden Klagen gesprochen; diese Stelle ist L. 5. D. 7. 1. Beide Juristen erkannten also wohl hinsichtlich der Begründungsarten und der dinglichen Klagen das Gemeinsame der Realservituten und des Nießbrauches an, handelten aber doch in beiderlei Beziehung von jedem Institute besonders an verschiedenen Stellen derselben Schrift.

die Quellen keine Definition geben, sowie sie auch wenig Sätze enthalten, welche allgemein für alle Servituten ausgesprochen werden [22]). Indessen haben die Vermuthungen der Juristen, den den verschiedenen Servitutenbildungen zum Grunde liegenden Gesammtbegriff aufzufinden und festzustellen, noch zu keinem unangefochtenen Ergebnisse geführt.

A. Von den Servituten im allgemeinen. I. Servituten und Eigenthum. 1) Begriff der Servituten [23]). Häufig wird bei Feststellung des Begriffes der Servituten hauptsächlich blos ihr Verhältniß dem Eigenthum an der belasteten Sache gegenüber in das Auge gefaßt und sogar bisweilen als einziges wesentliches Merkmal die Beschränkung des Eigenthümers in die Definition der Servituten aufgenommen, ohne daß man dabei in Betracht gezogen hat, daß das Wesen der Servitut nicht das wirklich bestehende Eigenthum Jemandes an der dienenden Sache voraussetzt; daher der Begriff der Servitut abhängig vom Eigenthum aufgestellt werden muß. Denn ohne Zweifel kann einerseits durch Dereliction der dienenden Sache von Seiten des Eigenthümers die einmal giltig errichtete Servitut nicht berührt werden; sie besteht also an der dadurch herrenlos gewordenen Sache unverändert fort [24]); andererseits kann ebensowohl unter Umständen eine Servitut an einer herrenlosen Sache durch Occupation entstehen [25]). Die Servituten gewähren immer die Befugniß, aus der

---

22) Dergleichen für alle Servituten ausgesprochene Sätze sind: in L. 15. §. 1. D. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis .... sed ut aliquid patiatur aut non faciat; in L. 26. D. 8. 2. nulli res sua servit.; in L. 1. D. 33. 2. servitus servitutis esse non potest.

23) Ueber die Bestimmung des Begriffes der Servituten sind die Meinungen sehr verschieden. Vgl. darüber die bei Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 616 angeführten Schriftsteller. Scheuerl, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XII, S. 237 flg. Arndts, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. f, Bd. III, S. 232 flg. Hofmann a. a. O. S. 6, N. 7. Elvers a. a. O. S. 29—41. Jedes Lehrbuch enthält fast eine andere Definition. Manche halten die Aufstellung eines bestimmten Begriffes für unmöglich, z. B. Thibaut, System des Pandektenr. §. 749, N. m. Buchholtz, Versuche N. 14, welcher nur einen negativen Begriff dahin aufstellt, daß Servituten die iura in re aliena seien, welche nicht als Pfandrecht, Superficies oder Emphyteuse erschienen. Aehnlich ist die Ansicht von Guyet, Abhandl. S. 5 in der Note, welcher zwischen den Servituten und den anderen iura in re aliena einen lediglich historischen Unterschied annimmt, indem die Servituten schon in der Zwölftafelgesetzgebung, die Superficies im prätorischen Rechte, die Emphyteuse in den kaiserlichen Constitutionen begründet seien.

24) Es wird dies zwar in den Quellen nicht erwähnt; eine Analogie bietet aber die Bestimmung, daß der Nießbrauch an einem Sclaven durch die einseitige Freilassung von Seiten des Eigenthümers nicht berührt wird. Fragm. Dosith. de manumissionibus §. 11. Ulpian. Fragm. tit. I. §. 19. L. 9. §. 20. D. 28. 5. L. 1. pr. C. VII. 15. Etwas anderes wäre es, wenn der Servitutberechtigte die derelinquirte Sache selbst occupirte, weil dann die Servitut durch Confusion erlöschen würde.

25) Z. B. es errichtet Jemand in seinem an der Grenze eines herrenlosen

Sache selbst einen Vortheil zu ziehen, sei es durch Vornahme positiver Handlungen auf derselben oder mit derselben kraft eigenen Rechtes (sog. positive oder affirmative Servituten) oder dadurch, daß kein Anderer positive Handlungen auf oder mit der dienenden Sache vornehmen darf (sog. negative Servituten). Man darf den letzten Fall nicht so ausdrücken: der Berechtigte sei befugt, die fragliche Handlung zu verhindern oder zu verbieten; denn sein Recht hat einen größeren Umfang und erstreckt sich auf Unterlassung der fraglichen Handlung auch ohne daß ein Verbot ausgesprochen oder sonstige Schritte zur Verhinderung gethan worden sind; denn er kann Schadenersatz nicht nur dann fordern, wenn er zeitig Schritte zur Verhinderung der unstatthaften Handlung gethan hat, sondern überall, wo die fragliche Handlung irgend einmal ohne seine ausdrückliche Zustimmung vorgenommen ist[26]. Die negative und positive Richtung der Servituten hat man in der Definition der Servituten, nach welcher sie Gebrauchsrecht an einer fremden Sache sind, zusammenzufassen gesucht[27]. Das Gebrauchen bezeichnet aber mehr eine positive Thätigkeit und findet da nicht statt, wo ein Anderer blos etwas nicht thut. Eher möchte der Inhalt der Servituten in dem Rechte zum Benutzen gesucht werden[28], ein Ausdruck, dessen Anwendung auf negative Servituten auch nicht gegen den Genius der Sprache verstößt[29], insofern man darunter Nutzen, Vortheil ziehen versteht, was auch durch den passiven Zustand, in welchem ein Anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf, möglich ist. Dieses Benutzungsrecht hat der Berechtigte vermöge der Servitut, ebenso wie der Eigenthümer, unmittelbar an der dienenden Sache; es steht ihm, wie dem Eigenthümer, ein Recht auf die Sache, aber nach den Aussprüchen der Quellen keine Herrschaft über den Körper der dienenden Sache auch zum kleinsten Theile zu, so daß sein Recht einen ganz anderen Gegenstand hat als das Eigenthum, und demnach die Auffassung der Servituten als beschränktes Eigenthum unzulässig ist[30]. Ebenso wird das Eigenthum, obgleich es nur ein Recht an einer Sache ist, doch zu den körperlichen Sachen gerechnet,

---

Grundstückes stehenden Hause einen in die Luftsäule des herrenlosen Grundstückes hinüberragenden Erker oder Balcon; wird das herrenlose Grundstück später occupirt, so wird es nur mit dieser Last erworben. Ein anderes Beispiel hat Elvers a. a. O. S. 30.

26) L. 5. D. 8. 2.

27) So Hofmann a. a. O. S. 5, 6 und andere bei Elvers a. a. O. S. 31, N. 2 angeführte Schriftsteller.

28) So Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. II, §. 66. Puchta, Pand. §. 178. Elvers a. a. O. S. 31 flg.

29) Obwohl dies Buchholz, Versuche S. 157, behauptet.

30) L. 25. pr. D. 50. 16. L. 4. pr. D. 8. 5. So wird von Ulpian in L. 6. D. 27. 9. gesagt, zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten bestehe keine Gemeinschaft. Derselbe stellt beide in L. 8. D. 39. 3. einander mit folgenden Worten gegenüber: sive in corpore, sive in iure loci .... habeat quis ius.

die Servituten dagegen zu den unkörperlichen[31]). Von dieser Auffassung, wornach Eigenthum und Servituten ganz verschiedene Gegenstände begreifen, machen die römischen Juristen praktische Anwendung[32]). Obgleich nun in einschlagenden Stellen die Servituten einschließlich des Nießbrauches dem Eigenthum als dem Begriffe nach ganz verschiedene Institute entgegengesetzt werden, namentlich mit Rücksicht darauf, daß die Gegenstände beider Rechtsverhältnisse ganz verschieden sind, und daher die Betrachtung des Servitutenrechtes als partiellen Eigenthums verworfen wird, hat man natürlich wenigstens für den Nießbrauch aus anderen Stellen abzuleiten versucht, daß derselbe den Römern zugleich als partielles von dem wirklichen Eigenthum nur durch den geringeren Umfang verschiedenes Eigenthum erschienen sei[33]). Die dafür angezogenen Stellen[34]) rechtfertigen indessen diese Auffassung nicht[35]). Der Unterschied der Servitut von anderen iura in re aliena ist hauptsächlich der, daß die Servitut nur zum Vortheil eines bestimmten Subjectes bestellt wird, also dem Rechte nach wenigstens nicht übertragen werden kann[36]). Von Anderen wird als wesentliches in den Servitutenbegriff aufzunehmendes Merkmal erachtet, daß die Verbindlichkeit des Eigenthümers dabei nur in einem Nichtthun oder Leiden bestehe, welchen allerdings wahren Satz aber die Servitut mit anderen iura in re aliena gemein hat. Nach Manchen ist das Wesentliche bei der Servitut, daß dieselbe bestimmte aus dem Umfange des Eigenthums wirklich abgelöste und dem Servitutberechtigten eigenthümlich und selbstständig, d. h. dem Rechte nach so, wie sie im Eigenthum enthalten waren, jedoch infolge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigenthümer zustehendes Recht, eingeräumte Befugnisse enthalte, so daß, soweit die Befugnisse reichen, dem Rechte nach weniger im Eigenthum sei, die Servitut also auf der einen Seite eine wirkliche deminutio dominii, auf der anderen Seite, wenigstens soweit von Prädialservituten die Rede sei, ein augmentum dominii bilde[37]). Duroi[38]) hält die Servitut gar nicht für ein selbstständiges, vom Eigenthum verschiedenes dingliches Recht, sondern nur für den Gegenstand eines Rechtes, nämlich des Eigenthumsrechtes,

31) Ulpian. Fragm. tit. XIX. §. 11. Gai. Inst. Comm. II. §. 14. 17. 28. Fragm. Vat. de usufructu §. 92. §. 2. 3. Inst. II. 2. L. 1. §. 1. D. 1. 8. L. 124. pr. D. 8. 1. L. 13. §. 1. D. 39. 2. L. 2. §. 3. D. 43. 26.

32) So Ulpian in L. 13. §. 2. D. 46. 4. Paulus in L. 17. D. 44. 1.

33) Der entschiedenste Vertheidiger dieser Ansicht ist Bachofen, das röm. Pfandrecht Bd. I, S. 97—138.

34) L. 76. §. 2. D. 31. L. 70. §. 2. D. 46. 1. L. 58. D. 45. 1.

35) Vgl. Elvers a. a. O. S. 34—36.

36) Löhr, im Magazin Bd. III, S. 486 flg.

37) Büchel, civilr. Erörterungen Bd. I, S. 8 flg. Auch Luden a. a. O. definirt die Servitut als Verminderung der Eigenthumsrechte zum Vortheile eines Anderen.

38) Duroi, im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 278 flg.

welches sowohl bei körperlichen Sachen als wie bei unkörperlichen, nämlich gerade bei der Servitut vorkomme; daher er auch die confessorische Klage nur für die dem Gegenstande nach von der gewöhnlichen Vindication verschiedene Eigenthumsklage hält, indem Gegenstand der gewöhnlichen Vindication eine körperliche Sache, der confessorischen Klage der Nießbrauch oder die Realservitut sei. Gegen letztere Ansicht macht Puchta[39]) mit Recht geltend, daß in den Quellen die Servitut selbst als ein Recht, als ein bestimmtes Recht bezeichnet wird[40]), nicht blos als Gegenstand eines Rechtes; daß die confessorische Klage der Eigenthumsklage nur nachgebildet ist; daß der Grund, warum die römischen Juristen die Servituten unter den res incorporales aufführen, nicht darin gesucht werden kann, daß sie die Servituten blos als Gegenstände des Rechtes bezeichneten und ihre Eigenschaft als selbstständiger dinglicher Rechte leugneten, indem sie ja auch Obligationsverhältnisse zu den unkörperlichen Sachen zählen, die doch unstreitig Rechtsverhältnisse, nicht blos Gegenstände von solchen sind, und insbesondre Gajus[41]) zur Entfernung des Zweifels, als seien hier nicht Rechte, sondern Gegenstände von Rechten gemeint, gegen das Bedenken, daß doch die Erbschaft körperliche Sachen enthalte, die vom Usufructuar gezogenen Früchte, sowie das, was man aus einer Obligation zu fordern habe, meistens körperliche Sachen seien, bemerkt, es sei hier nicht von Gegenständen von Rechten, sondern von dem Successionsrechte, von dem Rechte des Nießbrauches, von dem Forderungsrechte selbst ausgesagt, daß es res incorporales seien. Auch Arndts[42]) ist diesen von Puchta aufgestellten Gründen beigetreten. Elvers[43]) erklärt, daß die Römer Eigenthum und Servituten als ganz verschiedene Institute hinstellen, also die Auffassung der Servitut als partielles Eigenthum verwerfen, auf folgende Weise. Nach ihm war die römische Denkart jeder Beschränkung eines einmal erworbenen Rechtes entgegen und fand für öffentliche und Privatrechte die einzige Grenze in dem Willen des Berechtigten und in dem durch die Natur festgesetzten Umfange, setzte daher die Bildung und Vermehrung der Servituten als Beschränkungen des wichtigsten Rechtes, des Eigenthums, möglichsten Widerstand entgegen; als aber infolge dringenden, durch die Schwächung des alten römischen Volksgeistes unterstützten Bedürfnisses immer mehr Servituten entstanden, zeigte sich die alte Auffassungsweise wieder darin, daß man derselben nur einen Charakter abzugewinnen suchte, der die nationale Denkart am wenigsten verletzte, und so faßte man sie nicht auf, als ob sie dieselbe Sache, wie das Eigenthum, zum Gegenstande

39) Puchta, im rhein. Museum Bd. I, S. 305 flg.
40) So der ususfructus in L. 1. D. 7. 1.
41) L. 1. §. 1. D. 1. 8.
42) Arndts, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. f, Bd. III, S. 256 flg.
43) Elvers a. a. O. S. 36 flg.

hätten und deshalb mit ihm collidirten, dieses begrenzten, sondern als ob sie an einer ganz anderen, allerdings nur fingirten Sache beständen, an einer res, quae in iure consistit, und über diese dann die selbstständige Herrschaft des dominium gewährten[44]). Es stehe nämlich, sagt Elvers, den mannigfachen Handlungen, welche an einer Sache vermöge ihrer Natur vorgenommen werden können und zu denen daher die Herrschaft über die Sache die Befugniß ertheile, jedesmal eine Eigenschaft der Sache gegenüber, welche diese Handlung erst ermögliche; so der Befugniß, Früchte aus der Sache zu ziehen, die Eigenschaft derselben, Früchte zu tragen, der Befugniß, das Höherbauen eines Hauses zu verbieten, die Eigenschaft desselben, vermöge deren dieser Höherbau nicht infolge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit eintritt, sondern infolge willkürlicher menschlicher Handlungen auf dem Grundstücke ist; diese einzelne positive oder negative Eigenschaft der Sache erscheine nur als infolge der Bestellung einer Servitut aus der Sache selbst herausgenommen, sie sei ein innerlicher Bestandtheil der Sache, der von ihr getrennt und dann veräußert sei, und nur insofern in Verbindung mit derjenigen Sache, welche Gegenstand des Eigenthums ist, stehe, als beide körperlich mit einander vereinigt seien und die eine die Trägerin der anderen sei. So könne dann Paulus von der Sache, die im Eigenthum sich befindet, sagen: cuius non potest ulla pars dici alterius esse[45]) (sc. usufructuarii) oder Ulpian dem Servitutberechtigten die körperliche Sache (loci corpus) ganz absprechen[46]). Immer bleibe aber die Servitut ein ius in re aliena[47]), weil das Object derselben, die fingirte Sache, in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten sei und darum der Servitutberechtigte das Recht habe, aus dieser seine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden. Die dienende Sache werde daher durch die Servitut intensiv kleiner, und das deute dann auch wieder der römische Sprachgebrauch an, wenn er einen nicht mit Servituten belasteten fundus durch uti optimus maximusque est[48]) oder als res libera[49]) bezeichne, so daß also nicht das Eigenthum allein als unbeschränkt bezeichnet werde, sondern die Sache selbst. Ebenso werde die auferlegte Servitut als conditio fundi bezeichnet[50]). Da aber die losgetrennte Eigenschaft nur eine fingirte Sache sei, so könne sie nicht Gegenstand einer wirklichen rei vindicatio sein, welche stets eine körperliche Sache voraussetze, sondern sie werde durch eine dieser nach-

44) Es wird sich deshalb auf Stellen bezogen, in welchen vom dominium servitutis und namentlich dominium ususfructus die Rede ist. L. 3. D. 7. 6. L. 8. pr. D. 42. 5. L. 15. §. 8. D. 43. 24.

45) L. 25. pr. D. 50. 16.

46) L. 4. pr. D. 8. 5.

47) L. 2. D. 7. 1. Est enim ususfructus ius in corpore.

48) L. 48. 75. D. 21. 2. L. 59. D. 18. 1. L. 90. 169. D. 50. 16.

49) L. 59. D. 18. 1. L. 20. §. 1. D. 41. 1.

50) L. 23. §. 2. D. 8. 3.

gebildete Klage geschützt, durch eine vindicatio rei incorporalis oder, wie sie genannt werde, vindicatio iuris[51]), womit die bei Servituten anwendbare in iure cessio in unmittelbarem Zusammenhange stehe. Ferner werde bei ihr Möglichkeit des Besitzes und der Tradition angenommen, aber auch nur infolge analoger Anwendung dieser Institute durch juristische Fiction, und deshalb werde hier von quasi possessio[52]) und quasi traditio gesprochen. Auf diesem Wege erreiche nun das römische Recht, daß trotz der Servitutbestellung das Eigenthum unbeschränkt und unbegrenzt bleibe und durch dieselbe nur die Sache, welche Gegenstand des Eigenthums ist, mittels Ausscheidung einer in ihr enthaltenen Eigenschaft verkleinert werde, gleichsam als ob ein körperlicher Theil derselben veräußert würde. Von einem solchen Acte unterscheide sich der Fall der Servitutbestellung wieder dadurch, daß hier die Ausscheidung der neuen Sache nur durch rechtliche Fiction vor sich gehe und daher, sowie diese aufhöre, d. h. die Servitut erlösche, sich beide Sachen auch rechtlich wieder verbinden; stehe darum die eine im Eigenthum, so accrescire gleichsam demselben die in der Servitut zeither enthaltene Befugniß, die Sache consolidire. Ausdrücklich verwahrt sich Elvers gegen die von Büchel[53]) angenommene Möglichkeit einer wirklichen körperlichen Trennung der im Eigenthum stehenden und der von der Servitut ergriffenen Sache, sondern er nimmt eine Möglichkeit dieser Trennung in zwei Sachen nur durch reine juristische Fiction an. Den von Büchel angenommenen Unterschied zwischen ländlichen Servituten und Gebäudeservituten, der darin bestehen soll, daß bei diesen eine Schmälerung des physischen oder körperlichen Umfanges der dienenden Sache stattfinde, also ein körperlicher Bestandtheil ausschließlicher Gegenstand der Servitut werde und aus dem Eigenthum ausscheide, wofür sich Büchel auf das Beispiel der affirmativen Gebäudeservituten beruft, bei denen dies am leichtesten einzusehen sei, verwirft Elvers und zeigt an dem Beispiele der servitus tigni immittendi, daß keineswegs der von dem Balken eingenommene Raum aus dem Eigenthum des früheren Eigenthümers ganz ausgeschieden sei, indem der Servitutberechtigte nach Herausnahme des Balkens durchaus keinen Anspruch auf die dadurch entstandene Niesche habe und dieselbe nicht in anderer Weise benutzen könne, selbst dann nicht, wenn dadurch das dienende Grundstück durchaus nicht mehr belastet wird; vielmehr könne der Eigenthümer der dienenden Sache aus diesem Raume allen Vortheil ziehen, der nicht gegen die in der Servitut enthaltene Befugniß verstoße, und namentlich also, so lange der Berechtigte keinen Balken immittire,

---

51) Fragm. Vat. de usufructu §. 92. L. 5. §. 1. 2. D. 7. 6. L. 2. pr. §. 1. D. 8. 5.

52) Gai. Inst. Comm. IV. §. 139. pr. Inst. IV. 15. L. 23. §. 2. D. 4. 6. L. 10. pr. D. 8. 5. L. 2 §. 3. D. 43. 26. L. 3 §. 17. D. 43. 16.

53) Büchel, erster Nachtrag (1839) zu seiner Abhandlung über iura in re und deren Verpfändung, Erörterungen 2. Aufl. S. 423.

diese Lücke nach Belieben benutzen. Für die Unhaltbarkeit der Büchel=schen Ansicht wird von den negativen Gebäudeservituten das Beispiel der servitus altius non tollendi angeführt; denn wenn durch diese wirklich der ganze Luftraum, in dem nicht gebaut werden durfte, dem herrschenden Grundstücke einverleibt würde, so könnte der Eigenthümer des letzteren verlangen, daß von dem dienenden Grundstücke aus in diesem Luftraume keinerlei Handlung vorgenommen würde, was doch Niemand im Ernste behaupten werde. Diese Ansicht von Elvers scheint auch auf folgendem Wege begründet werden zu können. Es fehlen uns zwar alle Nachrichten darüber, wie es zugegangen sei, daß man die vindicatio auch auf das Erbrecht und die Servitutenrechte übertragen habe, wie diese Uebertragung bewirkt worden sei. Daß sie stattgefunden habe, ist unbestritten; denn die Quellen reden von vindicare servitutem, usumfructum[54]). Die Vindication einer hereditas war die einer unkörperlichen Sache; denn die hereditas galt, obgleich sie körperliche Sachen enthielt, als unkörperlich, als eine res, quae in iure consistit[55]); jene war die Vindication des Successionsrechtes. Nach Gajus[56]) wurde bei der legis actio sacramenti bei Sachen, welche nicht selbst vor Gericht gebracht werden konnten, die Vindication dadurch ermöglicht, daß von der Sache ein Theil vor den Magistrat gebracht wurde und in eam partem, quasi in rem praesentem, fiebet vindicatio. Dies geschah auch bei der hereditas, über welche Streit war; es wurde ein Theil aus derselben, irgend eine körperliche Sache daraus vor den Magistrat gebracht, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Hier war also eine vindicatio iuris, einer unkörperlichen Sache; diese unkörperliche Sache wurde aber vor dem Magistrate durch eine körperliche aus der hereditas entnommene Sache repräsentirt. Auf ähnliche Weise wird man auch bei der Vindication von Servituten, sowohl Prädialservituten als bei dem usufructus, verfahren haben, in der Weise, daß als Symbol des zu vindicirenden Rechtes irgend ein Theil des angeblich dienenden Grundstückes, auf welchen sich die Servitut bezog, vor den Magistrat gebracht und dort vindicirt wurde. So wird man behufs der Vindication einer Wegeservitut einen Erdkloß, bei der einer Wasserleitungsservitut eine kleine Quantität Wasser, bei der des Nießbrauches an einem Grundstücke irgend ein Erzeugniß von dem dienenden Grundstücke entnommen und vor den Magistrat gebracht haben. Die Anwendung auf andere Servituten war dann leicht zu machen. Auch die zur Bestellung der Servituten gebräuchliche mancipatio und in iure cessio führt zu der Annahme des beschriebenen Verfahrens. Die Mancipation war bekanntlich ein fingirter Kauf,

---

54) L. 1. pr. D. 7. 6. Rubr. Dig. 8. 5. Si servitus vindicatur. L. 1. L. 2. §. 1. L. 4. §. 5. L. 6. pr.

55) Gajus in L. 1. §. 1. D. 1. 8.

56) Gai. Inst. Comm. IV. §. 17.

wobei das aes die Stelle des Kaufpreises vertrat. Zur Zeit der classischen Juristen konnten Grundstücke mancipirt werden, ohne daß die Parteien auf denselben gegenwärtig waren und es war dies sogar das Gewöhnlichere; bewegliche Sachen konnten nicht anders, als wenn sie gegenwärtig waren, und nicht mehrere als der mancipio accipiens mit der Hand erfassen konnte, mancipirt werden[57]). Allein die Möglichkeit, Grundstücke entfernt davon zu mancipiren, ist gewiß erst eine Milderung des späteren Rechtes; das ursprüngliche Verhältniß war wohl ebenfalls, daß die Mancipation eines Grundstückes die Gegenwart der Parteien darauf nothwendig voraussetzte; später trat, wie bei der Vindication, die Erleichterung ein, daß man nicht mehr die unmittelbare Gegenwart der Parteien auf dem zu mancipirenden Grundstücke verlangte, sondern sich mit einem Theile des Grundstückes, z. B. einem davon entnommenen Erdkloße, als Repräsentanten desselben, begnügte, welcher anstatt des Grundstückes mancipirt wurde; nachdem man einmal dahin gekommen war, war zu der Weglassung dieses Symbols bei der Mancipation und zu dem Grundsatze, daß Grundstücke auch in der Entfernung mancipirt werden können, nur noch ein Schritt. Auf dieselbe Weise ist die Mancipation der Wege- und Wasserleitungsservituten ermöglicht worden. Ursprünglich wurde ein von dem dienenden Grundstücke entnommener Theil als Repräsentant des zu übertragenden Rechtes mancipirt und als man dahin gelangt war, daß entfernte Grundstücke mancipirt werden konnten, erschien auch jener Repräsentant des zu übertragenden Rechtes überflüssig und es wurde die Mancipation des bloßen Rechtes möglich. Den gleichen Gang der Entwickelung hat die in iure cessio in Bezug auf Grundstücke und Servituten genommen. Ursprünglich wurde ein Theil des Grundstückes als Repräsentant desselben oder des zu cedirenden Rechtes vor den Magistrat gebracht, dort vindicirt und cedirt; später ließ man dieses Symbol weg und begnügte sich mit den einfachen Erklärungen der Betheiligten vor dem Magistrate. Das Resultat ist, daß die Römer zu der Auffassung, die Servituten als selbstständige res incorporales, als res, quae in iure consistunt, zu betrachten, erst allmälig gelangt sind; daß dieselben in der älteren Zeit hinsichtlich der Vindication, Mancipation und in iure cessio den Grundstücken gleich behandelt worden sind, und erst als das Princip Geltung gewonnen hatte, daß Grundstücke auch in der Entfernung vindicirt, mancipirt und in iure cedirt werden können, die Behandlung der Servituten als körperlicher Sachen aufgehört und der Auffassung als res, quae in iure consistunt, Platz gemacht hat. Wir stimmen hiernach im Resultate mit Elvers überein.

2) Wirkung und Errichtung einer Servitut gegenüber dem Eigenthum der dienenden Sachen[57a]). Das

57) Gai. Inst. Comm. I. §. 121. Ulpian. Fragm. tit. XIX. §. 6.
57a) Elvers a. a. O. S. 41—52.

Eigenthum gewährt die Totalität aller an der Sache ihrem Wesen nach möglichen Befugnisse, namentlich aller, welche den Inhalt an der Sache zu bestellender Servituten bilden können. Die im Eigenthum begriffenen Befugnisse sind ebenso mannigfaltig, als die menschlichen Handlungen, und lassen sich daher im allgemeinen nicht abgrenzen und aufzählen. Darum kann weder rückwärts aus einzelnen Befugnissen ein Eigenthum reconstruirt, noch durch Ausscheidung verschiedener einzelner Befugnisse das Eigenthum ganz aufgehoben werden; immer bleibt eine Differenz zwischen den entzogenen einzelnen Eigenthumsbefugnissen und den unzähligen mit dem Eigenthum verbundenen Berechtigungen. Da das Theilungsverhältniß, in welchem die einzelne Befugniß zu den übrigen unzähligen im Eigenthum begriffenen steht, nicht zu bestimmen ist, und die Ausscheidung einer solchen einzelnen Befugniß aus dem Begriffe des Eigenthums weder durch praktisches, noch durch juristisches Interesse geboten wird, so sah man dieselbe gar nicht als eigenen Theil des Eigenthums an, sondern ließ sie in der Allgemeinheit des Eigenthums untergehen[58]). Wenn dennoch dem Eigenthümer der usus fructus in manchen Stellen zugesprochen wird[59]), so ist diese Auszeichnung der Befugniß zum Nießbrauch im Gegensatze zu den übrigen Eigenthumsbefugnissen wohl daraus zu erklären, daß da, wo sie Servitut ist, ihre Grenzen nicht, wie mehr oder weniger bei den anderen Befugnissen, jedesmal durch die Individualität des Berechtigten, sondern durch das Productionsvermögen der Sache bestimmt werden und daß sie daher schon vor der Servitutsbestellung von den übrigen Eigenthumsbefugnissen sich trennen läßt; wozu noch hinzutritt, daß das Recht, welches die Servitut des Nießbrauches gewährt, wegen seiner Universalität und Ausschließlichkeit dem Eigenthümer für die Dauer der Servitut gewöhnlich ganz entzogen ist und bei dem Aufhören der Servitut auch gänzlich zurückerworben wird, so daß man die Bestellung des Nießbrauches und dessen spätere Rückkehr an den Eigenthümer leicht als gleichartige, nur auf Uebertragung des Benutzungsrechtes gerichtete Geschäfte auffassen konnte. Allein die Regel ist auch bei der im Usus fructus enthaltenen Befugniß, daß sie bis zur Bestellung der Servitut als ungetrennter Bestandtheil des Eigenthums gilt, und daher entsteht für sie nicht weniger als für die übrigen Eigenthumsbefugnisse die Frage: in welcher Weise wird bei der Servitutbestellung die Servitut ausgeschieden, und in welcher Weise geht die Befugniß auf den Berechtigten über? Sieht man die Servitut als die Herrschaft über eine als selbstständige Sache fingirte Eigenschaft der dienenden Sache an, so ist die Bestellung der Servitut eine Ausscheidung dieser Eigenschaft aus

58) Paulus in L. 63. D. 8. 1. Ulpian in L. 5. pr. D. 7. 6.

59) Paulus in L. 4. D. 7. 1. §. 1. Inst. II. 4. wo es heißt: Ususfructus a proprietate separationem recipit. In anderen Stellen heißt es: Ususfructus ad proprietatem revertitur, accedit, cum proprietate est. L. 3. §. 2. L. 54. D. 7. 1. L. 3. §. 1. D. 7. 2. L. 4. D. 7. 6.

der körperlichen Sache und eine Uebertragung derselben an den Berechtigten. Der Eigenthümer schafft dabei aus der Substanz seiner Sache eine neue Sache, worüber er die Herrschaft dem Erwerber der Servitut verleiht. Seine Sache erleidet dadurch eine intensive Verminderung, welche aber nicht in der gänzlichen Entziehung der der Servitut zum Grunde liegenden Eigenschaft, d. h. der von dem Servitutberechtigten auszuübenden Befugniß, für den Eigenthümer, sondern nur in deren Verluste insoweit als sie der Servitutberechtigte erwirbt, besteht. Dieses Verhältniß stellt sich bei den verschiedenen Servituten als ganz verschieden dar. Bei der Bestellung der Servitut des Nießbrauches ist die Eigenschaft der Sache, Fruchtgenuß zu gewähren, dem Usufructuar zur selbsteigenen oder durch dritte von ihm dazu autorisirte Personen zu ziehenden Benutzung überwiesen; die Ziehung sämmtlicher Früchte von Seiten des Usufructuars oder der von ihm Beauftragten schließt den Eigenthümer vom Fruchtgenuß aus, und es steht die Veräußerung der Eigenschaft, wornach die Sache diesem berechtigten Usufructuar Fruchtgenuß gewährt, in der Wirkung der Veräußerung der ganzen Eigenschaft, vermöge welcher sie überhaupt Fruchtgenuß bietet, meistens gleich. Nur im Falle der Nichtausübung seines Rechtes von Seiten des Usufructuars tritt die fortdauernde Eigenschaft der körperlichen Sache, Fruchtgenuß zu gewähren, hervor, und dem Eigenthümer steht die Vertheidigung derselben gegen jeden zu, welcher sich diese Eigenschaft ohne Befugniß anmaßt[60]; dem Usufructuar gegenüber darf er allerdings ein Recht auf den Fruchtgenuß nicht beanspruchen; dagegen wird durch Bestellung einer Wegeservitut nicht die Eigenschaft des Grundstückes, kraft welcher auf demselben gegangen werden kann, Gegenstand der Servitut, es wird nicht die Befugniß, auf dem Grundstücke zu gehen, veräußert, sondern es ist nur die Eigenschaft ausgeschieden, kraft welcher dieser bestimmte Berechtigte in dieser oder jener Richtung, in dieser oder jener Weise auf dem Grundstücke gehen kann. Die dadurch allerdings eintretende Verminderung der allgemeinen Eigenschaft des Grundstückes, begangen zu werden, welche darin ihren Grund hat, daß kein Grundstück ein gleichzeitiges Gehen einer unbeschränkten Anzahl in derselben Weise gestattet und daher das Gehen des Einen daselbst kraft eigenen Rechtes möglicher Weise die gleiche Benutzung von Seiten eines Anderen ausschließt, ist so unbedeutend, daß der Eigenthümer selten dadurch

60) Der in L. 11. §. 2. D. 20. 1. dem Käufer eines Ususfructus und dem Gläubiger, welchem er verpfändet worden ist, zugesagte prätorische Schutz mittelst Exception gegen die Negatorienklage des Eigenthümers war nur nöthig, wenn der Eigenthümer zur Negatorienklage gegen dritte vom Usufructuar nicht autorisirte Personen, wenn sie sich den Fruchtgenuß anmaßen, berechtigt war, was wieder voraussetzte, daß er, da sonst die Klage kein Interesse für ihn gehabt hätte, eventuell zur Ausübung befugt war. Ebenso beweist die dem Eigenthümer zustehende condictio furtiva hinsichtlich der vor der Perception des Usufructuars gestohlenen Früchte (L. 12. §. 5. D. 7. 1.), daß die Früchte vor der Perception des Usufructuars dem Eigenthümer gehören.

berührt wird; es wird ihm nur dann fühlbar, wenn er mit dem Servitutberechtigten gleichzeitig auf demselben Wege und in derselben Weise gehen will und der Weg zu eng ist, um von Zweien zu gleicher Zeit in derselben Weise begangen zu werden. Da die gleichzeitige Ausübung der an einer Sache möglichen Befugnisse, ungeachtet sie alle im Eigenthum vereinigt sind, nebeneinander selbst dem Eigenthümer nicht immer möglich ist, sondern häufig die Ausübung der einen Befugniß die andere ausschließt, so folgt daraus, daß der Eigenthümer, wenn er eine Eigenschaft zur selbstständigen Sache gemacht und fremder Herrschaft unterworfen hat, nun auch die mit der Benutzung jener unverträglichen Eigenschaften nicht anwenden darf, weil sonst der Gebrauch der Servitut dadurch vereitelt werden würde. Es ergiebt sich dies aus der Servitut als einem dinglichen Rechte, welches Jedem gegenüber gleich wirksam ist und Anspruch auf Schutz gegen jede unbefugte Störung gewährt. Das für den Eigenthümer der dienenden Sache sowie für Jeden bestehende Verbot, den Berechtigten nicht zu stören, ist für den Eigenthümer factisch viel wichtiger insofern, als er alle mit Servitutberechtigung collidirende Eigenthumsbefugnisse nicht mehr ausüben kann. Diese Wirkung tritt überall in gleicher Weise ein und ist bisweilen die einzige Wirkung der Bestellung einer Servitut für den Eigenthümer. Nach der hier vertheidigten Ansicht ist die Errichtung einer Servitut eine Minderung der dienenden Sache, nach der herrschenden Meinung hingegen eine Minderung des Eigenthumsrechtes der dienenden Sache; nach letzterer sind die Servituten bestimmte aus dem Umfange des Eigenthums wirklich abgelöste und dem Servitutberechtigten eigenthümlich und selbstständig, d. h. dem Rechte nach, sowie sie im Eigenthum enthalten waren, jedoch infolge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigenthum zustehendes Recht, eingeräumte Befugnisse [61]). Allein diese Auffassung erklärt es nicht genügend, daß mit dem Wegfall der Servitut der abgelöste Eigenthumsbestandtheil, ungeachtet der Eigenthümer jedes Recht daran aufgegeben hat, ipso iure an den Eigenthümer zurückfällt und nicht vielmehr, wie es aus dem Aufgeben jedes Rechtes daran von Seiten des Eigenthümers folgt, herrenlos wird, während jener ipso iure eintretende Rückfall aus der hier angenommenen Ansicht nothwendig daraus folgt, daß das Eigenthum unbeschränkt geblieben ist, und daher, wenn sich die im Eigenthum befindliche Sache durch Aufhören der juristischen Fiction, wodurch eine Eigenschaft derselben zu einer eigenen Sache gemacht wurde, um diese Eigenschaft vergrößert, das Eigenthum diese Vergrößerung ipso iure gleichsam als Accession ergreifen muß. Auch ist die herrschende Meinung damit nicht zu vereinigen, daß dem Eigenthümer die durch die Servitut verliehene Befugniß bisweilen nach wie vor

61) Nach der Definition von Büchel, über iura in re und deren Verpfändung, in den civilrechtl. Erörterungen 2. Aufl. S. 288.

unbeschränkt zusteht, daher um diese sein Eigenthum nicht gemindert sein kann[62]), und dagegen die dem Servitutrechte entgegenstehenden Eigenthumsbefugnisse zwar dem Eigenthümer entzogen, aber doch dem Servitutberechtigten nicht zugefallen sind, so daß auch diese nicht die abgelösten und vom Servitutberechtigten erworbenen Eigenthumsbestandtheile sein können. Die für die herrschende Meinung angeführten Stellen lassen sich auf andere Art erklären als durch die Annahme, daß die Römer die Servituten als abgelöste Eigenthumsbestandtheile aufgefaßt haben. Die bereits erwähnten Stellen, welche den Nießbrauch schon während seiner Vereinigung mit dem Eigenthum als einen Bestandtheil desselben betrachten, sind, hingesehen auf die vielen entgegenstehenden Aussprüche, aus einer mitunter vorkommenden singulären Auffassung hinsichtlich des Nießbrauches zu erklären. Eine andere Stelle[63]), auf welche man sich ganz besonders berufen hat, enthält in den Worten: posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, keine genaue Definition des wahren Wesens der Servituten, insbesondre nicht der Gebäudeservituten[64]), sondern nur eine Umschreibung des Servitutverhältnisses. Allerdings wird dem Resultate nach das Recht des Einen vermehrt, das des Anderen vermindert, ebenso als wenn der eine Nachbar einen körperlichen Theil seines Grundstückes von demselben trennt und dem Nachbar übergiebt, wo man sich ebenso wie in jener Stelle ausdrücken könnte. Aus derselben Rücksicht auf das Resultat und auf den äußeren Anschein erklärt sich die Bezeichnung des Eigenthums an einer nicht mit Servituten belasteten Sache mit plena proprietas[65]) im Gegensatze der nuda proprietas[66]). Gegen die Ansicht über persönliche und Feldservituten von Vangerow[67]), nach welcher die Wirkung

---

62) Elvers a. a. O. S. 45 flg. hat folgendes Beispiel. Bei einer servitus altius non tollendi wird die Eigenschaft ausgeschieden, kraft welcher Jemand fordern kann, daß das Haus nicht höher gebaut werde, jedoch wieder nur insoweit veräußert, als eine bestimmte Person, der Servitutberechtigte, es verlangen kann. Eine Befugniß, vermöge welcher ich verlangen kann, daß etwas nicht geschieht, können aber nach der Natur der Sache Unzählige gleichzeitig ausüben, ohne daß der Eine dadurch den Anderen beschränken wird; deshalb wird durch die einem Einzelnen ertheilte Befugniß die allgemeine Befugniß, das Höherbauen zu verbieten, nicht im mindesten gemindert, so daß der Eigenthümer, wenn er auch noch so vielen Personen eine servitus altius tollendi verstattet hat, nach wie vor unbeschränkt verlangen darf, daß Niemand auf seinem Hause baue. Daher ist auch seine Sache um diese Eigenschaft nicht gemindert

63) L. 5. §. 9. D. 39. 1. Ulpian sagt: Et belle S. Pedius definit, triplicem esse causam operis novi nunciationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam; — — impositiciam, cum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

64) Für eine Definition der Gebäudeservituten hält diese Worte Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 782, 6. Aufl.

65) L. 78. pr. D. 23. 3. L. 10. D. 33. 2. L. 15. §. 4. D. 49. 17.

66) J. B. §. 4. Inst. II. 4.

67) Vangerow a. a. O.

der Servitutbestellung nicht in einer Veränderung der Sache, sondern in einer Veränderung des Eigenthums daran bestehen soll, in der Art, daß dieses nicht um einen Bestandtheil verringert, sondern nur in der Ausübung beschränkt werde, indem an bestimmten Eigenthumsbefugnissen, welche nach wie vor im Eigenthum erhalten bleiben, dem Berechtigten die Ausübung infolge eines selbstständigen dinglichen Rechtes verstattet würde, sprechen, abgesehen davon, daß die dingliche Scheidung des Begriffes der persönlichen und Feldservituten von dem der Gebäudeservituten nicht zu billigen ist, einmal die Stellen, in welchen die Bestellung einer Servitut als eine alienatio angesehen wird [68]), und dann läßt sich hauptsächlich dagegen geltend machen, daß nach dieser Definition zwar wohl die Wirkung gegenüber dem Eigenthümer, nicht aber der Inhalt des Servitutrechtes selbst scharf genug bestimmt wird [69]).

3) Servitus in faciendo consistere nequit [69a]). Aus dem aufgestellten Begriffe der Servituten folgt nothwendig, daß nur solche Befugnisse durch Servituten verliehen werden können, welche durch die Herrschaft über eine Eigenschaft der dienenden Sache vollständig gewährt und unmittelbar an derselben ausgeübt werden können. Es kann daher der Eigenthümer der dienenden Sache infolge einer Servitut nur dazu verpflichtet sein, daß er die Befugniß ausüben lasse, das dingliche Recht achte; zu positiven Handlungen, welche jene Ausübung erleichtern oder ermöglichen, kann er nie verpflichtet sein, weil sonst das Recht an der Sache mehr enthielte als die Sache selbst und zugleich das Recht an einer Person begriffe. Ferner ist das einzige Band, was zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigtem während der Dauer der Servitut besteht, das, daß beide an derselben Sache Befugnisse ausüben. Auch vom Standpunkte des Eigenthümers aus läßt sich kein Grund zu einer Verpflichtung desselben zu positiven Leistungen infolge seines Eigenthums auffinden. Vermöge des Eigenthums darf der Eigenthümer sowohl bestimmte positive Handlungen mit oder auf der Sache vornehmen, als auch Andere von der Vornahme solcher Handlungen abhalten. Die rechtliche Verkleinerung der im Eigenthum stehenden Sache durch Servitutbestellung kann daher auch immer nur eins dieser beiden Rechte entziehen, also zu einem Nichtthun oder Leiden verpflichten, nicht aber ihn zu positiver Thätigkeit nöthigen. Dies wird

---

68) 3. B. L. 3. §. 5. D. 27. 9.

69) Es soll die Servitut ein dingliches Recht auf Ausübung einzelner Eigenthumsbefugnisse verleihen; nicht ersichtlich ist aber, worin sich das dingliche Recht auf Ausübung einer Befugniß von der Befugniß selbst unterscheide, also das Recht, irgendwo zu gehen, von dem Rechte auf Ausübung des Rechtes, dort zu gehen; vielmehr ist jene Befugniß immer diese letztere Befugniß selbst und es stände demnach dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten nach dieser Ansicht dasselbe Recht immer gleichzeitig und in derselben Weise zu, was aber nicht der Fall ist.

69a) Elvers a. a. O. S. 52—68.

an einer Stelle[70]) so ausgedrückt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis — — sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Die ältere Doctrin hat dafür den Satz aufgestellt: servitus in faciendo consistere nequit, welcher die allgemein übliche Form der Regel geworden ist, obgleich servitus hier in dem Sinne gebraucht wird, daß es das Verhältniß der dienenden Sache bezeichnet, während man gewöhnlich darunter das ganze zwischen dem Berechtigten und der Sache bestehende Rechtsverhältniß oder auch wohl allein das Recht versteht. Anwendungen dieser Regel finden sich an verschiedenen Stellen[71]). Eine Folgerung aus dieser Regel ist, daß der Eigenthümer der dienenden Sache, in Ermangelung eines besonderen mit dem Servitutberechtigten darüber geschlossenen Vertrages, nie verpflichtet ist, die auf seinem Grundstücke zur Ausübung der Servitut nöthigen Vorrichtungen in Stand zu halten, sondern ihm nur obliegt, diese Anstalten nicht zu stören und bei nothwendiger Reparatur dem Berechtigten den Zugang zu denselben zu gestatten. Die abweichende auf L. 2. §. 4. D. 39. 3. gestützte Ansicht Goldschmidt's[72]) wird durch diese Stelle nicht begründet; denn es handelt sich dort nicht um die Erhaltung der für eine Servitut nöthigen Vorrichtung, sondern von der gesetzlichen Verpflichtung, den Graben, welcher das von einem höher liegenden Grundstücke herabfließende Wasser aufnimmt, rein zu halten, zu welchem Behufe der Verletzte keine dingliche Klage, sondern die persönliche actio aquae pluviae arcendae hat. Nur bei der servitus oneris ferendi wird von den römischen Juristen ein anderer Grundsatz aufgestellt, nämlich der, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstückes zur Erhaltung der lasttragenden Mauer im baulichen Stande verpflichtet sei und deshalb gegen ihn die confessorische Klage angestellt werden könne. Diese Verpflichtung betrachteten auch die Römer als eine Ausnahme[73]) und

70) L. 15. §. 1. D. 8. 1.

71) Z. B. in L. 12. D. 33. 1. L. 58. §. 1. D. 7. 1. L. 81. §. 1. D. 18. 1.

72) Goldschmidt, im Archiv für civil. Praxis Bd. I, S. 391, 392.

73) L. 8. §. 2. D. 8. 5., in welcher Ulpian die servitus oneris ferendi mit der servitus tigni immittendi vergleicht und den Unterschied der confessorischen Klage bei beiden hervorhebt, in der Weise, daß bei der ersteren diese Klage auch auf die Erhaltung der Mauer in baulichem Stande durch den Eigenthümer derselben gerichtet sei, während sie bei letzterer nur darauf geht, daß die Einschiebung der Balken nicht gehindert werde, und hinsichtlich der letzteren hinzufügt: quod non est contra genera servitutum. Die servitus tigni immittendi ist deshalb anders beurtheilt worden, als die servitus oneris ferendi, weil bei ihr die nachbarliche Mauer nicht belastet wurde, und der Berechtigte daher kein Interesse dabei hatte, ob diese im baulichen Stande war oder nicht; er hatte nur den Anspruch auf so viel Raum, um dort den Balken haben zu können, welcher Raum ihm auch nicht durch den Einsturz des Nachbarhauses entzogen wurde; Elvers a. a. O. S. 55, N. h. Wegen dennoch möglichen Schadens stand ihm der Anspruch auf die cautio damni infecti zu. Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIV, S. 332 flg.

auch diese Ausnahme erhielt nur allmälig allgemeine Anerkennung[74]). Die Versuche zur Erklärung derselben sind sehr mannigfach gewesen. Manche legen besonderes Gewicht darauf, daß durch vorhergegangenen Vertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten dem ersteren die Verpflichtung zur Erhaltung der Mauer in baulichem Stande auferlegt worden sei, und finden die Abweichung von der Regel nur in der Verbindlichkeit dieses Vertrages für den Singularsuccessor des paciscirenden Eigenthümers; sie legen sogar dem Widerspruche des Singularsuccessor bei dem Erwerbe des dienenden Grundstückes gegen diesen Vertrag die Wirkung bei, ihn von dieser Verpflichtung zu entbinden[75]). Allein dadurch erhält die viel bedeutendere Abweichung, daß die confessorische Klage auf Erfüllung des Vertrages geht, gar keine Erklärung, und von den Stellen, welche dieser Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi gedenken, erwähnen einige[76]) allerdings eines solchen Vertrages bei Bestellung der Servitut, aber nur hinsichtlich der Bestimmung der Modalität der Vornahme der Reparatur der Mauer, also ganz in gleicher Weise wie bei jeder Servitut die sog. lex servitutis, der ausgesprochene Wille der Contrahenten, den Inhalt der Servitut bestimmt. Eine andere Stelle von Paulus[77]), ist gewöhnlich so verstanden worden, daß die Baupflicht des Eigenthümers aus den Worten der bei Bestellung der servitus oneris ferendi gebräuchlichen Formel: paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, abgeleitet werde. Allein der Jurist beruft sich, wie die weiteren Ausführungen in dieser Stelle beweisen, auf diese Formel nur, um diesen Satz gegen den nahe liegenden Einwand sicher zu stellen, daß die Servitut nach dem Wortlaute der Formel nur der zur Zeit der Servitutbestellung bestehenden Mauer oder Säule auferlegt sei, also der Eigenthümer im Falle der Baufälligkeit derselben nicht zur Errichtung einer neuen Mauer im Interesse des Servitutberechtigten verbunden sein könne, da diese neue Mauer von der Servitut frei sein würde und deshalb für ihn keinen Vortheil biete; diesen Einwand entkräftet der Jurist durch den Nachweis, daß die Formel nach richtigem Verständniß alle künftig zu errich-

---

74) Dies ergiebt, was Ulpian in L. 6. §. 2. D. 8. 5. über den Streit der römischen Juristen darüber erzählt. Gegen den Einwurf des Aquilius Gallus, daß durch eine Servitut der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht zu einer Handlung verpflichtet werden könne, und gegen den von demselben aufgestellten allgemeinen Grundsatz, daß bei allen Servituten die Erhaltung der nöthigen Vorrichtungen Obliegenheit des Servitutberechtigten (nicht des Eigenthümers, wie Elvers a. a. O. S. 56 wohl aus Versehen sagt) sei, hat die von S. Sulpicius Rufus angenommene Ausnahme bei der servitus oneris ferendi allgemeine Anerkennung gefunden und neben dieser die von Labeo vertheidigte Befreiung des Eigenthümers der belasteten Mauer durch Derelicti on derselben.

75) Iohannknecht, exploratio quaestionis, an servitus in faciendo consistat (Gott. 1807) p. 15. sq.

76) L. 6. §. 2. 5. D. 8. 5.

77) L. 33. D. 8. 2.

tenden Mauern begreife. Jedenfalls verlangen weder diese noch andere Stellen zur Begründung der Verpflichtung des Eigenthümers einen besonderen vorausgegangenen Vertrag, sondern diese Verpflichtung gilt immer als unmittelbare Folge der servitus oneris ferendi selbst. Eine andere Erklärung dieser Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi gründet sich darauf, daß ohne eine solche Bestimmung die Servitut der sog. causa perpetua ermangeln würde, indem die dienende Sache ihrer Natur nach vergänglich sei und daher, wenn sie Gegenstand einer Servitut sein solle, diese Eigenschaft von ihrem Eigenthümer zu ergänzen sei[78]). Allein die eigentlich dienende Sache ist immer der Grund und Boden selbst; die auf diesem stehende Mauer ist nur die zur Ausübung der Servitut nöthige Vorrichtung, und solche Vorrichtungen sind bei vielen Servituten noch viel vergänglicher, ohne daß Jemand aus der sog. perpetua causa eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Reparatur abzuleiten wagt[79]). Ferner hat man diese Eigenthümlichkeit dadurch zu erklären versucht, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes bei der Bestellung eine taugliche Mauer zu stellen übernommen habe und daher nöthigen Falles eine reparirte stellen müsse, und man hat daraus gefolgert, daß eine Ausnahme von der Regel: servitus in faciendo consistere nequit, gar nicht hier vorhanden sei[80]). Wollte man diese Begründung analog anwenden, so müßte auch bei manchen anderen Servituten der Eigenthümer zur Reparatur verpflichtet sein, was er doch nicht ist. Mühlenbruch[81]) bringt diese Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi mit dem sog. Nachbarrechte in Verbindung, vermöge dessen der Eigenthümer eines Gebäudes zur Erhaltung desselben im baulichen Stande oder zur Bestellung der cautio damni infecti wegen möglichen Schadens dem Nachbar verpflichtet ist; er nimmt an, man habe für den Fall der servitus oneris ferendi diese Wirkungen des Nachbarrechtes ohne den Umweg der Missionen in den Besitz und in das Eigenthum, nun in seinen wesentlichen Bestimmungen in das Servitutenrecht aufgenommen und sofort eine dingliche Klage auf die Reparatur der Nachbarmauer verstattet, während sonst dieselbe gewöhnlich nur durch indirecten Zwang habe erzwungen werden können. Allein nach der Rechtsanschauung der Römer waren die Vorschriften über die cautio damni infecti weniger darauf berechnet, den Eigenthümer zur Reparatur seines Hauses, wenn auch nur indirect, zu zwingen, als vielmehr darauf, den Nachbar gegen künftige Verletzung zu sichern; jener indirecte Zwang war nur eine zufällige Wirkung jener Vorschriften. Das polizeiliche Einschreiten und Einmischen in Privatverhältnisse war den Römern ganz fremd; ein Zwang gegen Jemanden zur Erhaltung

78) Goldschmidt a. a. O. S. 390.
79) Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIV, S. 327. Elvers a. a. O. S. 57 flg.
80) Puchta, Pand. §. 184.
81) Mühlenbruch a. a. O. S. 334 flg.

seiner Sache im baulichen Stande widersprach ihrem Rechtsgefühl; Ersatz des durch die Unterlassung Jemandes entstehenden Schadens war alles was ihm angesonnen werden konnte; ersetzte er den Schaden, so konnte er unterlassen so viel er wollte. Darum bezweckt das ganze Verfahren wesentlich nur die Bestellung der cautio damni infecti; die Immissionen sollen nur zur Bestellung dieser Caution zwingen, und deshalb läßt sich, wenn auch infolge der größeren Gefahr, welche bei der servitus oneris dem Servitutberechtigten durch die Baufälligkeit des Nachbarhauses droht, das Verfahren abgekürzt worden wäre, nicht annehmen, daß infolge dieser Abkürzung die Römer dazu gelangt wären, daß eine Verurtheilung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes zur Reparatur stattfinden könnte; vielmehr ist es viel wahrscheinlicher, daß sie dem Eigenthümer, sich durch Leistung der Caution von der Reparatur zu befreien, nachgelassen hätten. Die in L. 7. D. 8. 5. erwähnte Caution, zu welcher der Richter den Eigenthümer anhalten kann, wenn er ihn nicht sofort zum Bau verurtheilt, ist aber nicht die cautio damni infecti, sondern sie geht auf Unterlassung in der Störung der Servitut und auf Vornahme der nöthigen Reparatur und wird in Ermangelung dringender Gefahr oder bei augenblicklicher Behinderung des Baues vom Richter auferlegt worden sein; jedenfalls konnte aber der Richter sofort zur Vornahme des nöthigen Baues verurtheilen, was sich aus den Grundsätzen über die cautio damni infecti nicht erklären läßt. Ferner ist es schwer zu erklären, wie die römische Praxis und Rechtswissenschaft, welche diese Lehre allein ausgebildet haben und sonst sorgfältig alle Sprünge und Willkürlichkeiten vermeiden, dazu gelangt sein sollten, die ganz verschiedenen Institute der dinglichen Klage auf Anerkennung der Servitut und der Forderung auf Cautionsbestellung zu vereinigen, zumal der Proceßgang bei beiden verschieden war und die Entscheidung bei beiden verschiedenen Behörden zustand. Auch insofern hängt die Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi nicht mit der cautio damni infecti zusammen, als die letztere durch Dereliction des baufälligen Gebäudes vermieden werden konnte, und demnach der Verlust des Gebäudes infolge der zweiten Immission die schlimmste Folge der Unterlassung der Reparatur und der Nichtleistung der Caution war, und als die Dereliction der belasteten Mauer ebenfalls von der Reparatur derselben befreite; vielmehr deutet der sehr erhebliche Unterschied, daß in dem einen Falle gewöhnlich das ganze Gebäude verloren ging [82]), in dem anderen nur die belastete Mauer oder Säule derelinquirt wurde, auf einen anderen Grund der Entstehung dieses Satzes hin. Dieser Grund ist mit Elvers [83]) in Folgendem zu suchen. Die Mauer eines Hauses, welcher eine Servitut auferlegt ist, erfüllt fast immer einen doppelten Zweck, den ursprünglichen, daß sie das Haus des Eigenthümers

82) L. 15. §. 11—14. L. 38. §. 1. D. 39. 2.
83) Elvers a. a. O. S. 60 flg.

trägt, dessen Räumlichkeiten begrenzt u. s. w., und dann den Zweck der Servitut, daß sie das Gebäude des Berechtigten stützt. Selten wird eine Mauer blos diesen letzteren Zweck haben; eher wird der einer solchen auf dem Gebiete des Anderen bedürfende Nachbar den für diese Mauer erforderlichen Raum als Eigenthum zu erwerben suchen. Die eigenmächtige Ausbesserung oder Umbauung einer solchen Mauer, welche den angegebenen doppelten Zweck erfüllt, von Seiten des Servitutberechtigten zu jeder Zeit, so oft er es für seine Servitut nöthig findet, und in einer nur für seine Servitut vortheilhaften Weise, würde aber häufig das Interesse des Eigenthümers empfindlich verletzen, z. B. die schön bemalte Wand eines an einer so belasteten Mauer liegenden Zimmers würde plötzlich wegen Baufälligkeit vom Servitutinhaber niedergerissen werden können und einer rohen Steinwand weichen müssen, ohne daß der Eigenthümer, wenn wirklich die Mauer zur Last des Nachbarhauses zu schwach war, Entschädigung fordern könnte. Wenn der Eigenthümer aber selbst bauen mußte und der Servitutberechtigte eigenmächtig nicht bauen durfte, konnte Ersterer vielmehr für sein eigenes Interesse sorgen und dieselbe Sicherung der Mauer, zwar vielleicht mit größerem Aufwande, aber doch mit mehrerer Schonung seiner häuslichen Einrichtung erreichen. Als zweiter Grund tritt hinzu, daß, wenn man mit der servitus oneris ferendi, wie mit anderen Servituten, welche eine Vorrichtung zur Ausübung voraussetzen, die Berechtigung des Servituteninhabers verband, diese Vorrichtung zu repariren und deshalb das angrenzende Grundstück zu betreten, ihm und den bei dem Bau erforderlichen Gehilfen auch so oft es das Interesse des herrschenden Grundstückes verlangte, der Eintritt in das dienende Haus verstattet werden mußte, was den römischen Sitten und der römischen Denkart, welche selbst nicht einmal das Eindringen des Gläubigers in das Haus des Schuldners zuließ, um vor Gericht zu laden[84]), völlig widerstebte. Das Charakteristische dieser Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi besteht daher zunächst in dem Verbote der Vornahme eigenmächtiger Reparatur von Seiten des Servituteninhabers, was sich übrigens von selbst verstand. Es konnte nun ein dauerndes Verhältniß, welches die Natur der Servitut verlangt, nur dadurch begründet werden, daß der Eigenthümer die Baulast übernahm. Eine Weigerung des Eigenthümers in dieser Beziehung bewirkte für den Berechtigten dasselbe, wie die Bestreitung der ganzen Servitut; die Servitut war in ihrer Existenz bedroht durch den Umstand, dem nur der Eigenthümer abhelfen konnte und abhelfen mußte, und daher wurde, sobald einmal die Doctrin zu jenem Resultate gekommen war, naturgemäß durch die Praxis auch die confessorische Klage, als die allein dem Servituteninhaber zustehende, auf Vornahme der Reparatur zugelassen. Die Verpflichtung des Eigenthümers zum Bauen erstreckte sich aber

84) L. 18. D. 2. 4.

nicht auf solche Arbeiten, welche auf dem herrschenden Grundstücke möglich waren und seinem Interesse fremd waren; namentlich ist ausgesprochen, daß der Berechtigte selbst die für das herrschende Gebäude während des Baues erforderlichen Stützen anzubringen habe [85]). Die dem Eigenthümer gestattete Dereliction der belasteten Mauer [86]), wodurch er die Reparaturlast auf diesen wälzt, hat darin ihren Grund, daß es wohl Fälle geben kann, in welchen der Eigenthümer dem Berechtigten die Reparatur gern gestattet, namentlich wenn er an der fraglichen Mauer kein Interesse hat und ihm daher die Reparatur auf eigene Kosten eine drückende Last sein kann. Diese Dereliction schließt aber das Betreten des dienenden Grundstückes durch den Berechtigten zur Vornahme der Reparatur nicht aus, wenn die Reparatur ohne dieses Betreten nicht bewirkt werden kann; denn ohne dieses Betreten ist die bloße Dereliction für den Berechtigten ohne Werth; die Servitut könnte immer noch nachträglich die causa perpetua verlieren und der Eigenthümer solchenfalls einseitig es unmöglich machen, die Servitut auszuüben. Ist das dienende Grundstück gemeinsames Eigenthum Mehrerer, so findet die dingliche Klage auf Reparatur der belasteten Mauer nicht gegen einen einzelnen Miteigenthümer allein statt [87]), sondern gegen alle zusammen, was aus der Unzulässigkeit der Verfügung eines Miteigenthümers über die Substanz der Sache ohne Zustimmung der anderen folgt; daher die Verurtheilung eines Einzelnen unwirksam sein würde [88]). Die Vornahme einer nöthigen Reparatur von Seiten eines Miteigenthümers als negotiorum gestor für alle, wofür er die Kosten nach Verhältniß der Theile von den übrigen fordern kann, ist nur ein Recht, keine Pflicht des Einzelnen. Aehnlich der bei der servitus oneris ferendi vorkommenden Reparaturpflicht des Eigenthümers und gleichfalls eine Abweichung von der Regel, daß der Eigenthümer der dienenden Sache infolge der Servitut nicht zu positiven Handlungen genöthigt werden könne, ist die Pflicht des Eigenthümers, vom Wind umgerissene Bäume, wodurch der Nießbrauch oder die Wegeservitut in eine ungünstigere Lage versetzt wird, wegzuschaffen, weshalb der Berechtigte klagen kann [89]). Die Klage ist die gewöhnliche confessorische Klage, wie aus den Schlußworten der fraglichen Stelle: suis actionibus experiendum, hervorgeht; denn der Berechtigte hat keine andere Klage gegen den Eigenthümer als die confessorische. Auch hier wird der Eigenthümer zu einer positiven Handlung genöthigt, die für den Berechtigten einer Reparatur gleichsteht und deren Vornahme ihm nicht zusteht, ohne sich dem Eigenthümer oder dritten Personen verantwortlich zu machen oder selbst in Schaden zu kommen. Der Usu-

85) L. 8. pr. D. 8. 5.
86) L. 6. §. 2. D. 8. 5.
87) L. 6. §. 4. D. 8. 5.
88) L. 28. D. 10. 3.
89) L. 19. §. 1. D. 7. 1.

fructuar darf sich nämlich solche vom Winde umgerissene Bäume nur unter gewissen Beschränkungen zueignen[90]); in der Regel gehören sie dem Grundeigenthümer; bei einer Wegeservitut immer. Eine Vernichtung des Baumes, der dem Berechtigten den Weg versperrt oder das Wachsen verhindert, durch den Berechtigten setzt ihn der Entschädigungsklage des Eigenthümers aus; will er ihn, den Baum, blos fortschaffen, so kann er ihn, ohne sich gleichfalls verantwortlich zu machen und Klagen auf Entschädigung auszusetzen, nur auf seinem eigenen Grundstücke niederlegen, wodurch er selbst wieder in Nachtheil kommen würde. Deshalb wird ihm ebenso, wie bei der servitus oneris ferendi dem Berechtigten, geholfen und der Eigenthümer genöthigt, den Baum, sein Eigenthum, selbst fortzuschaffen. Es steht dem Eigenthümer aber frei, sich durch Dereliction des Baumes von dieser Verpflichtung zu befreien, wozu nicht nur die Analogie mit der servitus oneris ferendi führt, sondern auch die Entscheidung in einem ähnlichen Falle. Wenn nämlich ein Baum von einem Privatgrundstücke aus auf den öffentlichen Weg gestürzt ist, so findet gegen den Eigenthümer des Baumes das interdictum ne quid in loco publico statt; durch Dereliction des Baumes kann aber der Eigenthümer dieses Interdict unwirksam machen[91]). Es liegt diesen gleichen Bestimmungen über die Baupflicht bei der servitus oneris ferendi und über das Fortschaffen eines umgestürzten Baumes bei Servituten, welche ein Recht auf den Baum nicht gewähren, in der Ausübung aber durch denselben beeinträchtigt werden, folgender höhere gemeinsame auch auf andere Fälle anwendbare Grundsatz zum Grunde: Wird die Ausübung einer Servitut ohne Schuld des Berechtigten durch ein factisches Hinderniß erschwert oder unmöglich gemacht und ist die Beseitigung dieses Hindernisses durch den Servitutberechtigten nur deshalb durch rechtliche Vorschriften vereitelt oder unverhältnißmäßig erschwert, damit Interessen des Eigenthümers der dienenden Sache nicht verletzt werden, welche bei Beseitigung des Hindernisses durch den Eigenthümer selbst unverletzt bleiben, so kann der Eigenthümer durch die confessorische Klage zur Vornahme solcher Handlungen, welche die regelmäßige Ausübung der Servitut wieder möglich machen, angehalten werden[92]).

4) Beschränkung des Eigenthümers der dienenden Sache[92a]). Der Eigenthümer der dienenden Sache ist in der Ausübung seines Eigenthums nur insoweit gehindert, als die Servitut dadurch verletzt wird; wegen jeder die Servitut verletzenden Handlung

---

90) L. 12. pr. D. 7. 1.

91) L. 2. §. 40. D. 43. 8.

92) Z. B. zur Wegnahme der Hegezeichen oder Schonungszeichen bei Anpflanzungen von Holz, welche bei Ausübung einer Weideservitut in einem Walde geschont werden müssen, wenn der Berechtigte glaubt, daß die Schonung zu lange dauere und dadurch sein Interesse verletzt wird.

92a) Elvers a. a. O. S. 66—76.

haftet er mit der confessorischen Klage oder possessorischen Rechtsmitteln, außerdem aber auch wegen doloser oder culposer Beschädigung der belasteten körperlichen Sache, wodurch die Servitut verletzt wird, mit der actio legis aquiliae utilis [93]) und wegen Unterschlagung der belasteten Sache mit der actio furti [94]). Die Ausübung jeder anderen Handlung, wodurch die Servitut nicht verletzt wird, steht ihm unbeschränkt zu sowie die Ziehung jedes Nutzens aus den Eigenschaften der Sache, welche nicht aus ihr ausgeschieden und dem Servitutberechtigten übertragen sind; daher hat er selbst bei den umfassendsten Servituten meistens noch einzelne Befugnisse, die ihm Vortheil zu gewähren vermögen, wie ihm z. B. bei dem Nießbrauche in Ermangelung einer anderen Verabredung das Fallholz zufällt. Es wird bei dem Nießbrauche in dieser Beziehung die Regel aufgestellt, daß das, was dem Usufructuar nicht erworben werden könne, dem Proprietar erworben werde [95]). Die ihm nach der Servitutbestellung verbliebenen Befugnisse kann der Eigenthümer zum Gegenstande weiterer Servituten machen und so seine Sache successive durch Veräußerung mehrerer Eigenschaften verkleinern [96]); er kann dieselbe Servitut bisweilen Mehreren einräumen, wie namentlich stets bei negativen Servituten, ferner bei solchen anderen Servituten, welche eine Befugniß ertheilen, die von Mehreren ausgeübt werden kann; allein hier ergiebt die Natur der Sache die Beschränkung, daß nur eine bestimmte Anzahl die Befugniß zur Zeit ausüben kann. So kann an demselben Grundstücke und an demselben Wege Mehreren eine Wegeservitut bestellt werden [97]); jede später bestellte geht aber nur soweit, als dem Eigenthümer noch die Verfügung über die zum Grunde liegende Eigenschaft zustand, daher der ältere Berechtigte das Ausweichen des späteren Berechtigten fordern kann. Ebenso können mehrere Wasserleitungsservituten neben einander bestehen [98]), indem die eine das Recht zur Wasserleitung auf bestimmte Zeiten beschränkt [99]) oder der Berechtigte das Wasser nicht ganz zum Vortheil seines Grundstückes verwenden kann [100]). Die Servitut des Nießbrauches hindert zwar die Bestellung jeder anderen Servitut, welche die gehörige Benutzung und den Bezug der Früchte erschwert, nicht aber die Verleihung der dem Eigenthümer noch gebliebenen Befugnisse als Servituten, z. B. die Verleihung des Rechtes zum Bezug des dem Usufructuar nicht zustehenden Fallholzes, die Belastung des dienenden Hauses mit der servitus altius non tollendi [101]). Selbstverständlich hindern bestehende andere Servituten die

93) L. 12. D. 9. 2.
94) L. 15. §. 1. D. 47. 2.
95) L. 25. §. 3. D. 7. 1.
96) L. 15. D. 8. 4.
97) L. 15. D. 8. 4.
98) L. 4. D. 43. 20.
99) L. 2. §. 1. D. 8. 3.
100) L. 2. §. 2. D. 8. 3.
101) L. 16. D. 7. 1.

Auferlegung des Nießbrauches nicht, und der Usufructuar ist dann nur insoweit zur Benutzung der Sache und zum Fruchtbezug berechtigt, als dadurch die Ausübung der Servitut nicht gehindert wird[102]). Die Frage, welche Servituten sich nicht mit einander vertragen, ist nach den jedesmaligen thatsächlichen Verhältnissen in der Regel zu entscheiden. Die darüber in den Quellen vorkommenden einzelnen Entscheidungen[103]) hängen mit den römischen Sitten und Einrichtungen zusammen und lassen unter anderen thatsächlichen Verhältnissen auch Abänderungen zu. Inwiefern Servituten, welche die Ausübung schon bestehender Servituten erschweren oder unvortheilhafter machen, mit Zustimmung des Inhabers der letzteren errichtet werden können, ist später zu besprechen; für die Wasserleitungsservituten giebt es aber die ganz besondere Bestimmung, daß deren Bestellung immer die Zustimmung derjenigen voraussetzt, welche schon durch eine Servitut ein Recht auf Benutzung des Wassers haben[104]); eine Vorschrift, die nicht mit den allgemeinen Grundsätzen harmonirt, sondern von denselben abweicht und wohl zur Abschneidung schwieriger und verwickelter Beweise darüber, ob das Recht früherer Berechtigter durch Verleihung einer gleichen Servitut vermindert werde, ein für allemal gegeben ist. — Eine Gemeinschaft entsteht nicht, wenn mehrere Servituten verschiedener Arten oder auch derselben Art an derselben Sache bestellt sind[105]); dennoch aber findet aus Gründen der Zweckmäßigkeit bei Irrungen, welche zwischen mehreren Berechtigten über die Ausübung ihrer Servituten an derselben Sache entstehen, das utile iudicium communi dividundo unter ihnen statt[106]); weil die verschiedenen confessorischen Klagen immer nur zur Anerkennung der Servitut, wie sie bestellt war, und zur Verurtheilung in Ersatz des etwa zugefügten Schadens, nie aber zur Beseitigung der Conflicte durch Feststellung der Art und Weise der Benutzung führen könnten, was der Richter bei dem iudicium communi dividundo vermöge der ihm zustehenden Adjudicationsbefugniß allerdings vermag. Daß die hierauf bezüglichen Stellen, obgleich sie alle nur von Wasserleitungsservituten handeln, analoge Anwendung auf andere Verhältnisse leiden, ist nicht zu bezweifeln. Die besondere Begünstigung der Religiosität bei den Römern hat manche Abweichungen in der Stellung des Eigenthümers den Servituten gegenüber zur Folge gehabt, die hier zu übergehen sind[107]), ebenso wie eine andere zu Gunsten des öffentlichen Nutzens angeführte und ebenfalls mit dem Begräbniß zusammenhängende Anomalie, welche nicht sowohl den Bestand der Servitut, als vielmehr nur die Freiheit

102) L. 27. §. 4. D. 7. 1.
103) L. 14. D. 8. 3. L. 11. D. 39. 3. L. 3. §. 6. D. 43. 20.
104) L. 8. D. 39. 3. L. 4. C. III. 34.
105) L. 19. §. 2. D. 10. 3.
106) L. 4. D. 43. 20.
107) Diese Abweichungen finden sich in L. 17. pr. D. 7. 1. L. 2. §. 7. 8. L. 46. pr. D. 9. 7.

in der Benutzung derselben angreift[108]). — Dem Eigenthümer können neben den Lasten, welche die Servitut seiner Sache auferlegt, auch Vortheile aus derselben erwachsen, z. B. darf er die zur Ausübung der Servitut auf seinem Grundstücke angebrachten Vorrichtungen zu seinen Zwecken benutzen.

5) Verhältniß der Servituten gegenüber den Aenderungen im Eigenthum der belasteten Sache[108a]). Da Eigenthum und Servituten beide ein unmittelbares dingliches Recht an der Sache selbst gewähren und deshalb unabhängig von einander ausgeübt werden, so können in der Person des Eigenthümers vorgehende Veränderungen consequenter Weise in der rechtlichen Stellung der Servituten nichts ändern[109]) (ausgenommen den Fall der Confusion) und ebenso können die auf einer Sache haftenden Servituten die freie Begrenzung des Eigenthums nicht hindern[110]). Aus bekannten allgemeinen Regeln folgt die Aufhebung einer Servitut durch Veränderung des Eigenthums dann, wenn der Besteller derselben das Eigenthum der Sache nur unter einer Suspensivbedingung hatte und nun er oder sein Nachfolger dasselbe infolge des Eintrittes dieser Bedingung verloren hat[111]). Die Veräußerung der dienenden Sache durch einen Pfandgläubiger ist natürlich, wenn das Pfandrecht jünger ist als die Servitut, ohne Einfluß auf die bestehende Servitut, welche daher auf den Käufer mit übergeht[112]). Ist dagegen das Pfandrecht älter als die Servitut, so entsteht die Frage, ob und wieweit diese Servituten vom Pfandgläubiger und von den Käufern des Pfandes anerkannt werden müssen[113]). Die Berechtigung des Eigenthümers zur Bestellung einer Servitut ungeachtet des Pfandrechtes und die Begründung eines wahren dinglichen Rechtes an der Sache läßt sich bei der allgemeinen Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers einer verpfändeten Sache nicht bezweifeln; denn kann er die verpfändete Sache veräußern und Eigenthum daran übertragen, so kann er noch vielmehr einzelne intellectuelle Theile der ganz seiner Botmäßigkeit unterworfenen Sache veräußern, aus demselben Grunde, aus welchem er neben einem bestehenden Pfandrechte noch weitere giltige

108) Vgl. L. 43. D. 11. 7.

108a) Elvers a. a. O. S. 76—84.

109) L. 66. §. 1. D. 7. 1. L. 19. D. 7. 4. L. 12. D. 8. 4. L. 20. D. 41. 1. L. 3. §. 1. C. III. 33.

110) L. 120 pr. D. 30. So dauern nach der Confiscation die an der confiscirten Sache haftenden Servituten fort. L. 23. §. 2. D. 8. 3. Ebenso wird ein von einem Miteigenthümer zu seinem idealen Theile an der gemeinschaftlichen Sache bestellter Nießbrauch durch die später von dem Besteller oder dessen Nachfolger erhobenen Theilungsklage nicht berührt; der Nießbrauch dauert an der ganzen Sache zu dem idealen Theile fort und beschränkt sich nicht, wenn der Usufructuar nicht zustimmt, auf den dem Besteller zugesprochenen körperlichen Theil. L. 31. D. 33. 2.

111) L. 11. §. 1. D. 8. 6.

112) L. 2. C. III. 33.

113) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 79—84.

und selbstständige Pfandrechte bestellen darf, jedoch daß dadurch das ältere Pfandrecht in seiner Wirksamkeit nicht gehemmt und in seinem Werthe nicht verschlechtert werden darf. Ebenso dürfen spätere Servitutenbestellungen nicht die einzelnen Eigenschaften dem Pfandrechte entziehen; vielmehr ergreift das allgemeine Pfandrecht an der Sache die später giltig bestellte Servitut mit. Der Pfandgläubiger muß demnach nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Servituteninhaber gegenüber sein Pfandrecht geltend machen können[114]) und die Wahl haben, mit der hypothekarischen Klage Einweisung in das Eigenthum oder in die Servitutbefugniß oder, wenn die Veräußerung des einen zu seiner Befriedigung nicht genügt, in Beides zum Zwecke des Verkaufes zu verlangen. Doch leidet dies eine Beschränkung durch die Unveräußerlichkeit der größeren Zahl der Servituten, vermöge deren eine so enge Verbindung derselben mit dem berechtigten Subjecte oder dem Eigenthum einer anderen Sache stattfindet, daß der Inhalt der Servitut und daher sie selbst ganz anders werden würde, wenn sie auf einen Anderen übergehen müßte. Darum kann der Inhaber einer unveräußerlichen persönlichen Servitut oder bei einer Realservitut der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes die Servitut keinem Anderen überlassen, sondern nur auf die Servitut verzichten. Deshalb kann auch der Pfandgläubiger nicht mit der hypothekarischen Klage, bevor er sich der Sache selbst bemächtigt hat, Einweisung in die Servitut fordern, weil er etwas juristisch Unmögliches verlangen würde; vielmehr muß er immer erst sich der körperlichen Sache bemächtigen und dann erst Einweisung in die abgetrennte Eigenschaft, d. h. Erlöschen der Servitut fordern. Ist die Befriedigung des Gläubigers schon durch die Veräußerung der mit den Servituten belasteten Sache wahrscheinlich, so steht seinem Antrage auf Revocation der Servitut wegen seines Pfandrechtes eine exceptio doli entgegen; im entgegengesetzten Falle kann er auch das Servitutrecht zu seiner Befriedigung mit heranziehen und entweder die actio negatoria hypothecaria gegen den Servitutberechtigten anstellen oder solche dem Käufer der Sache abtreten, oder er kann auch sowie der Käufer selbst da, wo er die zum Schutze der quasi possessio gegebenen Rechtsmittel nicht zu besorgen hat, und die dienende Sache besitzt, einseitig den Berechtigten in der Ausübung der Servitut hindern und die confessorische Klage des Letzteren durch die exceptio hypothecae entkräften. In Ermangelung ausdrücklicher Erwähnung der Servitut bei dem Verkaufe des Pfandes ist die Vermuthung dafür, daß die Servitut nicht mit ver-

114) Ein ähnlicher Fall ist, wenn eine verpfändete Sache in materielle Theile zerlegt ist und dann die einzelnen Theile an verschiedene Personen veräußert wurden, oder wenn eine Mehrheit von Sachen, welche einen Gesammtbegriff bilden, verpfändet ist und sich dann in die einzelnen Bestandtheile aufgelöst hat. Der Pfandgläubiger kann hier gegen jeden Inhaber eines solchen Theiles nach freier Wahl das Pfandrecht bis zu seiner Befriedigung verfolgen. L. 2. C. si unus ex pluribus heredibus creditoris (VIII. 31. (32.))

äußert ist und daher noch an der veräußerten Sache haftet. Auf den nach Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Erlöse der Sache einschließlich der Servitutbefugniß verbleibenden Ueberschuß hat zunächst der nachstehende Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht älter als die Servitut ist, zu seiner Befriedigung Anspruch; in Ermangelung eines solchen nachstehenden älteren Pfandgläubigers, oder wenn doch ein Ueberschuß bleibt, hat der Servitutberechtigte darauf bis zum Betrage des Werthes der Servitut den ersten Anspruch, weil sein Recht erst, nachdem die Unzulänglichkeit des Eigenthums zur Befriedigung des Gläubigers sich herausgestellt hatte, angegriffen werden durfte. Sind mehrere Servituten mitveräußert worden, so ist in Ermangelung eines anderen Principes der Ueberschuß unter die mehreren Berechtigten nach Verhältniß des Werthes der veräußerten Servituten zu theilen. Einige Servituten, wie der Nießbrauch und andere ihm nachgebildete Personalservituten, lassen Veräußerung an andere Personen als an den Eigenthümer der dienenden Sache zu; darum kann der Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht verfolgt, auch ohne vorherige Erlangung des Besitzes der körperlichen Sache dem Usufructuar gegenüber Einweisung in die Servitut fordern. Es steht ihm hier freie Wahl zu, ob er sich aus dem Eigenthum oder aus der Servitut befriedigen will; nur steht ihm, wenn das eine von ihm in Anspruch genommene Recht zu seiner Befriedigung wahrscheinlich genügt, die exceptio doli entgegen, wenn er das andere auch beansprucht. Gegen die Meinung von Götting[115]), welcher lediglich die Analogie der mehrfachen Verpfändung als entscheidend ansieht und verlangt, daß der Pfandgläubiger zunächst das Eigenthum angreife und erst wenn die volle Befriedigung daraus nicht wahrscheinlich ist, die Servitut, unter mehreren zunächst die jüngere, einklage und veräußere, ist zu bemerken, daß es dem Wesen des Pfandrechtes nicht entspricht, daß spätere Handlungen des Verpfänders für den Gläubiger hinsichtlich der Art und der Reihenfolge der Geltendmachung seines Rechtes an dem ganzen ihm verpfändeten Inhalte maßgebend sein sollen; nur zur Verfolgung seines Rechtes Mehreren gegenüber kann er dadurch genöthigt werden, während vorher eine einzige Klage dazu genügte. Auch ist es nicht immer für den Gläubiger ohne Interesse, ob er seine Befriedigung aus dem Eigenthum oder aus den Servitutbefugnissen erhalte; vielmehr kann er dabei interessirt sein, daß er lieber durch Veräußerung der Servitut, als durch die des Eigenthums befriedigt werde[116]); er kann also nicht verpflichtet sein, sich zunächst an das Eigenthum und erst zur Aushilfe an die abgeleiteten Rechte zu halten.

---

115) Götting, in den Annalen des Advocatenvereins zu Hannover N. F, Bd. I, S. 65 flg.

116) So kann z. B. für den einer Corporation bestellten Nießbrauch ein Preis erlangt werden, wodurch die Pfandschuld getilgt wird, während die bloße Proprietät von sehr geringem Werthe ist.

6) Verhältniß der Servitut, wenn die einzelnen körperlichen Theile der Sache verschiedene Eigenthümer haben[117]). Die unendliche Theilbarkeit des Grundeigenthums macht es möglich, daß die Grenzen der mit einer Servitut belasteten Sache nicht immer mit den Grenzen der Sache zusammenfallen, welche demselben Eigenthümer gehört und wegen der gemeinsamen Kultur und Bestimmung als ein Begriffsganzes behandelt wird. Dieses Auseinanderfallen der Grenzen kann verschiedene Gründe haben, z. B. Theilung des Grundstückes, auf dem die Servitut haftet, in mehrere Grundstücke oder Einverleibung desselben mit Aufhebung seiner Selbstständigkeit in ein anderes; Auferlegung der Servitut auf einen Theil der Sache, welche als Ganzes im Eigenthum sich befindet, von Seiten des Eigenthümers, so daß er behufs der Bestellung der Servitut eine Theilung seiner Sache vornahm, welche dann in allen übrigen Beziehungen als Eine Sache geltend, doch bezüglich der Servitut in zwei Sachen, eine dienende und eine nicht dienende, getrennt ist[118]); endlich Verzicht des Berechtigten auf die Servitut für einen Theil des dienstbaren Grundstückes[119]). Infolge gesetzlicher Vorschrift wird bisweilen die Berechtigung an mehreren Grundstücken, obgleich diese vom Anfang an verschiedenen Eigenthümern gehörten und die Bestellung der Servitut davon in verschiedene Zeiten fiel, als eine einzige Servitut betrachtet, so daß der Inbegriff der belasteten Grundstücke die dienende Sache bildet. Es tritt dies bei den Wege- und Wasserleitungsservituten ein. Die Gründe dafür liegen darin: einmal, daß diese Servituten zu ihrer Benutzung meistens eine bleibende Vorrichtung voraussetzen, die auch, wenn sie über Grundstücke verschiedener Eigenthümer sich erstreckt, äußerlich als Ein Ganzes erscheint, so daß der, welcher die Berechtigung ausübt, nicht einmal sich dessen bewußt zu sein braucht, auf wessen Grundstück er gerade dieselbe ausübt; dann darin, daß die Berechtigung des Weges oder einer Wasserleitung nur dann einen Werth hat, wenn sie von einem bestimmten Punkte zu einem anderen bestimmten Punkte führen, und die Benutzung der Berechtigung an dem einen oder anderen zwischen diesen Punkten liegenden Grundstücke allein ohne Benutzung der anderen dazwischen liegenden Grundstücke ganz zwecklos ist[120]); auch die Bestellung der Servitut an

117) Elvers a. a. O. S. 84—92.

118) Bei manchen Servituten kann dieses Verhältniß schon immer bei einem größeren Grundstücke vorkommen; so bei der servitus protegendi, wo das dienende Grundstück nur insoweit belastet ist, als das übergebaute Dach in dessen Luftraum hineinragt und daher nur dieser Theil des Grundstückes die dienende Sache ist, so daß die Bezeichnung des ganzen Stückes, welches bezüglich des Eigenthums Eine Sache ausmacht, als dienend eine ungenaue ist. Ebenso erscheint bei Wegeservituten, wenn ein bestimmter Weg ein für allemal festgestellt ist, nur der durch diesen Weg eingenommene Grund und Boden als dienende Sache.

119) Ein solcher Verzicht ist als zulässig anerkannt in L. 6. D. 8. 1.

120) L. 17. §. 3. D. 39. 3.

einzelnen mehrerer aneinander liegender Grundstücke, welche einen ununterbrochenen Weg oder eine vollendete und brauchbare Wasserleitung nicht gewähren können, zwar giltig ist, aber nur deshalb, weil gehofft wird, daß die Servitut auch noch den Grundstücken auferlegt werde, welche zur Zeit die Vollendung der Anlage verhindern[121]). Bis zu dem Zeitpunkte, wo die Servitut auch noch diesen Grundstücken auferlegt wird, ist die den einzelnen anderen Grundstücken auferlegte Servitut gewissermaßen provisorisch und erhält erst mit Vollendung der ganzen Linie ihre wahre Bedeutung und davon fängt auch die Berechtigung für sämmtliche Grundstücke an; mit diesem Zeitpunkte werden die zu verschiedenen Zeiten und durch verschiedene Acte bestellten provisorischen Servituten zu einer einzigen, weil Zweck, Anfang und äußere Erscheinung der Servitut für alle Grundstücke dieselben sind[122]). Die hauptsächlichste Folge dieser Auffassung besteht darin, daß eine solche sich über mehrere Grundstücke erstreckende Servitut durch Nichtgebrauch nicht erlischt, wenn sie auch innerhalb der betreffenden Zeit nur auf einem einzelnen Grundstücke ausgeübt worden ist[123]). Dieselbe Auffassung von der Einheit der Servitut tritt da ein, wo die Grenze zweier Grundstücke den Weg, zu dem beide einen Theil zur Herstellung der erforderlichen Breite eines Weges abgeben, der Länge nach scheidet; auch hier erscheint die Servitut als eine einzige und wird selbst da als solche behandelt, wo die alleinige Ausübung auf einem Theile möglich und nutzbringend ist, z. B. da, wo die Benutzung eines getheilten Fahrweges als Fußweges möglich ist[124]). Für die Wasserleitungsservitut gilt dieselbe Regel[125]). Aber nicht blos in Ansehung des Erlöschens der Servituten durch Nichtgebrauch, sondern auch in anderer Beziehung ist der Satz, daß eine über mehrere Grundstücke gehende Wege- oder Wasserleitungsservitut als Eine Servitut gelten soll, wirksam. So bleibt, wenn der Berechtigte nur eines von mehreren mit einer Wegeservitut belasteten Grundstücken eigenthümlich erwirbt, die ganze auch dieses umfassende Servitut bestehen, weil sie nur erlischt, wenn sie von dem Berechtigten nicht mehr ausgeübt werden kann[126]). Diese in den Quellen nur für Wege- und Wasserleitungsservituten ausgesprochenen Regeln sind analog alle auf diejenigen Fälle anzuwenden, wo gleichartige Servituten mehreren aneinanderliegenden Grundstücken auferlegt sind und eine Vorrichtung zur Ausübung der Servitut erforderlich und bereits hergestellt ist, welche äußerlich als eine Einheit erscheint.

121) L. 7. §. 1. D. 8. 4.
122) L. 38. D. 8. 3. bezeichnet dies in den Worten: via consummari solet — domini praedium.
123) L. 18. D. 8. 3.
124) L. 6. §. 1. D. 8. 6.
125) L. 9. D. 8. 6.
126) L. 15. D. 8. 5. L. 31. D. 8. 3.

II. Subjecte der Servituten. 1) Realservituten und Verhältniß derselben gegenüber den Veränderungen im Eigenthum der herrschenden Sache[127]). Der Zweck der Trennung einer Eigenschaft von einem Grundstücke und der Uebertragung der Herrschaft darüber an den Eigenthümer eines anderen Grundstückes ist der Ersatz einer dem letzteren Grundstücke von Natur fehlenden Eigenschaft. Dieser Zweck würde nur unvollständig erreicht werden, wenn dieses Recht, gleich anderen Vermögensrechten, entweder mit dem Tode aufhören oder unabhängig von dem Eigenthum der Sache, deren Vortheil es bezweckte, auf die Erben übertragen oder selbstständig an Andere veräußert werden könnte. Deshalb ist die Auffassung der Servitut als einer Eigenschaft der herrschenden Sache soweit durchgeführt worden, daß ihr rechtliches Schicksal gleich dem jeder natürlichen Eigenschaft so eng mit dem der Sache selbst verbunden wurde, daß die Servitutberechtigung immer mit dem Eigenthum über die Sache verknüpft war. Darum werden die Realservituten als Eigenschaften der Sache bezeichnet[128]) und als conditio fundi, habitus fundi aufgefaßt[129]). Das Grundstück, zu dessen Vortheil die Servitut an einer anderen Sache bestellt wird, ist gleichsam der Vermittler, um dessen willen und mit welchem die Servitut von dem zeitherigen Berechtigten auf den Erwerber desselben übergeht. Da ferner der Zweck der Bestellung der Servitut nur Ersatz einer dem sog. herrschenden Grundstücke fehlenden Eigenschaft ist, so darf sie auch nur geübt werden, wenn und soweit sie diese Eigenschaft ersetzt, also namentlich nur, wenn der Berechtigte die herrschende Sache besitzt und so den Ertrag der Servitut mit der Benutzung der Sache in Verbindung bringen kann. Der zur Benutzung der herrschenden Sache Berechtigte wird daher auch in der Regel zur Ausübung der Servitut berechtigt sein. Weil nun eine Sache nicht nur den Erwerb der Servitut vermittelt, sondern auch die Ausübung derselben bedingt, so bezeichnet ein durchgehender Sprachgebrauch schon bei den Römern die Sache selbst als die herrschende (praedium dominans) im Gegensatze zur dienenden Sache, d. h. zu der mit der Servitut belasteten, und ebenso wird bei den Römern die Realservitut als eine Dienstbarkeit des einen Grundstückes gegenüber dem anderen, also als Herrschaft des einen über das andere aufgefaßt[130]). Daher ist in den Systemen und Lehrbüchern des Civilrechtes das sog. herrschende Grundstück ebenso als Subject der Servitut aufgefaßt worden, wie dasselbe bei den Personalservituten die berechtigte Person ist; was um so auffallender ist, als dieselben Lehrbücher sonst im allgemeinen Theile als Subjecte von Rechten nur Personen, physische und juristische

---

127) Elvers a. a. O. S. 93—112.
128) L. 86. D. 50. 16.
129) L. 23. §. 2. D. 8. 3. L. 12. D. 8. 6.
130) Z. B. L. 12. D. 8. 4. So heißt es sehr häufig: servitus debetur praedio, z. B. in L. 6. 21. D. 8. 2. L. 23. §. 2. 3. L. 27. 34. D. 8. 3.

hinstellen. Die wahren Inhaber der Servitutberechtigung, die Subjecte derselben, sind aber bei den Realservituten ebensowohl wie bei den Personalservituten wirkliche Personen. Dagegen kann nun erstlich der erwähnte Sprachgebrauch nicht angeführt werden, weil er nicht consequent festgehalten worden ist, sondern sich auch die umgekehrte Auffassung findet[131]) und weil in den Intentionen der Klagformeln das Recht nicht dem Grundstücke, sondern dem Eigenthümer vindicirt, bezüglich bestritten wird, z. B. in der Intention der confessorischen Klage, wo es nicht heißt: ius fundo meo est, sondern ius mihi est[132]), und ebenso in der Intention der negatorischen Klage, wo es heißt: ius illi non est tigna immissa habere[133]); oder: ius tibi non est, parietem illum ita habere[134]). Zweitens kann die entgegenstehende Ansicht nicht auf den Ausspruch Papinian's gegründet werden: Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur[135]), weil derselbe Jurist an einer anderen Stelle sich über das Verhältniß in der hier angenommenen Weise ausspricht[136]), und jene Worte, wenn sie wirklich von dem Wasserleitungsrechte zu Gunsten eines gemeinschaftlichen Grundstückes und nicht vielmehr von der auf einem solchen Grundstücke haftenden Servitut oder von einem Verhältnisse zu den öffentlichen Wasserleitungen handeln, nur bedeuten, daß wegen der Untheilbarkeit der Realservituten das Urtheil nicht gegenüber einem Miteigenthümer allein wirksam sein könne, sondern die durch das Urtheil anerkannte Eigenschaft des Grundstückes als Träger und Vermittler des Rechtes für ihn auch den übrigen Miteigenthümern gegenüber gelten müsse, weil sonst das Urtheil nicht ausgeführt werden könnte[137]). Die Frage über das berechtigte Subject bei den Realservituten ist nun allerdings wichtig. So könnte z. B. der Satz, daß Niemandem an seiner eigenen Sache eine Servitut zustehen könnte, wenn das herrschende Grundstück das berechtigte Subject wäre, das Bestehen von Servituten zwischen verschiedenen Grundstücken desselben Eigenthümers nicht hindern, weil ja Eigenthum und Servitut verschiedenen Berechtigten zuständen. Ebenso würden, wenn die herrschende Sache Subject der Servitut und der Eigenthümer nur der Repräsentant der Sache wäre, auch Grundstücke verpflichtet werden können und der Eigenthümer auch in dieser Beziehung das Grundstück vertreten können, während dies doch das Recht nicht zuläßt. Je nachdem man das herrschende Grundstück oder dessen Eigenthümer als das eigentliche Subject ansieht, ist der Fall ver-

---

131) So sagt Paulus in L. 30. D. 8. 2.: Si partem praedii nactus sum, quod mihi, aut cui ego serviam.

132) L. 2. pr. L. 9. pr. D. 8. 5. L. 23. §. 2. D. 8. 3. §. 2. Inst. IV. 6.

133) L. 12. D. 8. 5.

134) L. 14. §. 1. D. 8. 5. Vgl. auch §. 2. Inst. IV. 6.

135) L. 31. §. 7. D. 3. 5.

136) L. 34. pr. D. 8. 3.

137) Auch anderwärts wird dieser Satz aufgestellt, z. B. in L. 19. D. 8. 5.

schieden zu beurtheilen, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes es derelinquirt und vor Ablauf der zur erlöschenden Servitutenverjährung bestimmten Zeit ein Anderer dasselbe occupirt. Ist das herrschende Grundstück das Subject der Servitut, so steht dieselbe dem Occupanten ebenso zu, wie dem früheren Eigenthümer, weil er nunmehr das Subject vertritt, welches durch keinen Act sein Recht aufgegeben hat. Ist dagegen der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes das berechtigte Subject, so hört mit dem Momente, wo derselbe sein Eigenthum aufgiebt und damit auf die Ausübung der Servitut verzichtet, das Subject der Servitut auf, sie geht daher unter, indem sich die abgelöste Eigenschaft mit der körperlichen Sache, von der sie getrennt war, vereinigt[138]). Nur in Bezug auf die Bestimmungen, welche in Ansehung des Verlustes durch Nichtgebrauch gelten, wird bei den Römern die herrschende Sache als Subject der Berechtigung angesehen, indem der Verlust durch Nichtgebrauch nicht eintreten soll, wenn die Servitut von einem, wenn auch gänzlich unberechtigten Besitzer des herrschenden Grundstückes ausgeübt worden ist[139]), weil die Ausübung im Namen des herrschenden Grundstückes geschieht, gleichsam als ob dieses das berechtigte Subject sei. Allein die erlöschende Servitutenverjährung durch Nichtgebrauch ist nicht aus dem Begriffe der Servitut hervorgegangen, sondern nur der Nützlichkeit und Rechtssicherheit wegen eingeführt; wenn man da Ausübung der Servitut durch den Berechtigten hätte fordern wollen, so würde ein zeitweiliger Verlust des Besitzes des Grundstückes den Verlust der demselben zustehenden Servituten haben hervorbringen können, was eine bei Einführung jenes willkürlichen Institutes der Verjährung nicht blos beabsichtigte Härte gewesen wäre, die man nur durch Zulassung des Satzes, daß die Servitut durch Ausübung von Seiten eines jeden Besitzers des Grundstückes dem wirklich Berechtigten erhalten werde, vermeiden konnte. Es genügt sogar zu dem Zwecke der Erhaltung der Servitut, wenn dieselbe ohne menschliche Thätigkeit blos durch Naturkräfte geübt wird[140]). Der Zweck der Bestellung der Realservituten, der Ersatz der einer Sache fehlenden Eigenschaft aus den Eigenschaften einer anderen, kann nur erreicht werden, wenn ein unveränderliches factisches Verhältniß zweier Sachen stattfindet; dieses ist nur zwischen Grundstücken möglich, und daher sind die R e a l s e r v i t u t e n stets auch P r ä d i a l s e r v i t u t e n[141]). — Das berechtigte Subject für die Realservituten ist stets der Eigenthümer der herrschenden Sache, ohne Rücksicht darauf, wie er das Eigenthum

138) Darüber, daß auch nur durch die Annahme einer berechtigten Person als Inhaberin der Realservitut die eigenthümlichen für die in Bezug auf ein Grabmal errichtete Wegegerechtigkeit gegebenen Bestimmungen mit dem übrigen Rechtssystem vereinigt werden können, siehe E l v e r s a. a. O. S. 98 flg.

139) L. 12. D. 8. 6.

140) L. 12. fin. D. 8. 6. von den Worten an: Quove fortius etc.

141) §. 3. Inst. 2. 3. L. 1. §. 1. D. 8. 4.

erworben hat. Daher hat, den Fall des Erwerbes der herrschenden Sache durch den Servitutberechtigten ausgenommen, die Veränderung in dem Eigenthum derselben keinen Einfluß auf das Bestehen der Servitut, so lange nur ein Eigenthümer da ist [142]). Geht das Eigenthum der herrschenden Sache zu idealen Theilen auf Mehrere über, so geht auch die Servitutberechtigung in gleichem Theilungsverhältnisse auf sie über [143]). Eine Verschiedenheit der Grenzen des herrschenden Grundstückes von denen, welche das in Einem Eigenthume befindliche Grundstück begrenzen, ist auf dieselbe Weise möglich, wie bei dem dienenden Grundstücke, denn die Servitut kann auch nur für einen Theil des in Einem Eigenthum stehenden Grundstückes bestellt sein [144]). Dagegen kann vom Anfang an zu Gunsten mehrerer verschiedenen Eigenthümern gehöriger Grundstücke eine einzige Servitut nicht bestellt werden, so daß diese mehreren Eigenthümern hinsichtlich der Servitut in eine Art Gemeinschaft miteinander träten; vielmehr wird z. B., wenn Mehrere eine Wegegerechtigkeit an demselben Wege haben, ausdrücklich gesagt, daß sie in keiner Gemeinschaft ständen [145]), und es werden mehrere neben einander bestehende selbstständige Realservituten in diesem und in allen ähnlichen Fällen angenommen. Hieraus ergiebt sich, daß bei einer körperlichen Theilung der herrschenden Sache, wenn nicht in deren Folge eine Trennung der Servitut von ihrem Träger, dem herrschenden Grundstücke, stattfinden und beide nun verschiedenen Inhabern zugewiesen werden sollten, nämlich die Servitut der Gesammtheit der Theilhaber, das herrschende Grundstück seinen einzelnen Eigenthümern, hier auch eine Theilung der Servitut in der Weise zugelassen werden mußte, daß nunmehr jeder der Eigenthümer eines körperlichen Theiles eine selbstständige, unabhängig von den anderen Eigenthümern zum Vortheil seines Grundstückes auszuübende Servitut erhalte. Demgemäß wird nach dem Ausspruche von Celsus es bei einer körperlichen Theilung des herrschenden Grundstückes so angesehen, als ob vom Anfang an die Servitut den mehreren Grundstücken, d. h. jedem einzelnen durch die körperliche Theilung entstandenen Theile bestellt worden sei, und deshalb läuft auch für jeden Theil eine besondere Verjährungszeit, besonders da dadurch die Lage des dienenden Grundstückes nur vortheilhafter wird, insofern als jetzt die Ausübung der Servitut durch den einen Eigenthümer nicht genügt, um dieselbe für die anderen Theile des Grundstückes zu erhalten [146]). Ungeachtet der Einfachheit dieses Principes hat dasselbe doch in der Anwendung viel Schwierigkeiten, weniger

---

142) L. 23. §. 2. D. 8. 3. L. 11. §. 1. D. 8. 6. L. 20. §. 1. D. 41. 4. L. 10. §. 1. D. 41. 3. L. 47. 48. D. 18. 31. L. 23. §. 3. D. 8. 3.

143) L. 23. §. 3. D. 8. 3.

144) L. 6. §. 1. D. 8. 4.

145) L. 19. §. 2. D. 10. 3.

146) L. 6. §. 1. D. 8. 6. von den Worten: Celsus respondit — toti fundo proficit.

bei negativen als bei affirmativen Servituten. Denn bei den negativen Servituten darf die Handlung, welche der Eigenthümer des ganzen Grundstückes zeither verhindern konnte, auch nach der körperlichen Theilung desselben nicht unternommen werden; jeder Eigenthümer eines körperlichen Theiles hat denselben Anspruch und dieselbe Befugniß zum Verbieten, mithin ein Recht von demselben Umfange, wie früher die Eigenthümer des gesammten Grundstückes. Hingegen bei den affirmativen Servituten wird, wenn auch die Servitut allen den jetzt getrennten Theilen zusteht, doch nicht immer sofort die Ausübung auch für alle Theile stattfinden können; es wird nöthig sein, daß die unmittelbar an das dienende Grundstück stoßenden Theile die Ausübung der Servitut auf den entfernter liegenden Theilen nicht unterbrechen, bezüglich die Vornahme der nöthigen Handlung dulden müssen, und dies kann nur durch eine ihnen bei der Theilung aufzuerlegende, dahin zielende Servitut auf die Dauer erreicht werden[147]). Dann ist die Servitutbefugniß, da sie etwas Untheilbares, eine Handlung, gewährt, von Natur untheilbar; eine Theilung der Servitutbefugniß wird aber dadurch ermöglicht, daß nicht sowohl die einzelne Handlung getheilt, als vielmehr die mehreren gleichzeitigen oder successiven Handlungen, zu welchen die Servitut berechtigt, als Gegenstand der Theilung betrachtet werden, von denen jeder einzelne Theilhaber eine entsprechende Quote erhält. Bei der Theilung ist der Grundsatz festzuhalten, daß die Last des dienenden Grundstückes gegen früher nicht vergrößert werden darf. Hat das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes allein den Maßstab für den Umfang der Servitutbefugniß gegeben, so wird regelmäßig auch wieder das Bedürfniß der einzelnen Theile den Maßstab für den Umfang abgeben, indem das Bedürfniß der Theile nicht größer sein wird, als das des Ganzen, aus welchem sie entstanden sind, z. B. wird eine unbeschränkte Wasserleitungsservitut auch von jedem Inhaber eines Theiles unbeschränkt zu benutzen sein. Bei anderen Servituten kann das Bedürfniß des ganzen ungetheilten Grundstückes geringer gewesen sein als das der Theile; allein da dieses Bedürfniß schwer festzustellen und die Ausübung von Seiten der einzelnen Theile schwer zu kürzen ist, auch durch einen häufigeren Gebrauch das Interesse des Grundstückes kaum mehr verletzt wird, als durch eine seltenere, z. B. wenn eine Vorrichtung gebildet werden muß, welche dieselbe bleibt, sie mag wenig oder viel gebraucht werden, so wird in solchen Fällen der Maßstab für die Ausübung von Seiten der Theile nur durch deren Bedürfniß gegeben sein, z. B. bei den Wegeservituten. In anderen Fällen kann das Bedürfniß eines Grundstückes wenigstens annäherungsweise ein für allemal festgestellt und in Zahlen ausgedrückt werden; hier könnte durch die körperliche Theilung des Grundstückes das Bedürfniß sehr gesteigert, verdoppelt, verdreifacht werden; nach dem Principe aber, daß durch die

---

147) L. 23. §. 3. D. 8. 3.

Theilung die Last des dienenden Grundstückes gegen früher nicht vergrößert werden dürfe, wird nur die Nutzung, welche vor der Theilung aus der Servitut gezogen werden konnte, zu ziehen und unter die einzelnen Theile des Grundstückes zu vertheilen sein. Wo nicht das Bedürfniß des Berechtigten, sondern irgend ein anderer Maßstab den Umfang der Servitutbefugniß bestimmt hat, ist ebenso zu verfahren[148]). Die Frage, ob den Eigenthümern des herrschenden Grundstückes die beliebige Abweichung von dem Principe der Theilung der Servitut nach Maßgabe der bei der Theilung der herrschenden Sache gemachten Theile und die Verfügung über die Art und Weise der Ausübung der zu dem getheilten Grundstücke gehörigen Realservituten gestattet sei, z. B. die Ueberlassung der ganzen Servitut an den einen Theil des Grundstückes und die gänzliche Entziehung für den anderen, ist von Manchen mit Rücksicht auf den Satz: ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest[149]), bejaht worden[150]); allein es spricht dieser Satz nur für die Zulässigkeit des Aufgebens der Servitut durch alle Eigenthümer an dem einen Theile des Grundstückes, nicht aber für die Uebertragung dieser dem einen Theile entzogenen Servitut auf einen anderen Theil, welche, da sie unter den Begriff einer Veräußerung, einer Trennung der Realservitut von dem herrschenden Grundstücke fällt, unzulässig ist. Auch der Richter darf bei gerichtlichem Theilungsverfahren nicht durch Adjudication einen größeren Theil der Servitut einem Theile des herrschenden Grundstückes zusprechen, als diesem Theile nach dem oben erwähnten Principe zukommt; denn seine Befugniß bei der Adjudication beschränkt sich auf das Treffen solcher Anordnungen, die möglicherweise auch durch Uebereinkunft der Parteien getroffen werden konnten; nicht erstreckt sie sich auf solche, welche, wie hier der Fall sein würde, in die Rechte Dritter, in die Lage des dienenden Grundstückes eingreifen. Nur die Art und Weise, wie Jeder den ihm mit einem Theile des Grundstückes zugefallenen Theil der Servitut auszuüben habe, muß der Richter im Theilungsverfahren bestimmen[151]), z. B. hat er zu bestimmen, wie eine dem Ganzen zustehende Wasserleitung nun von dem einzelnen Theilhaber innerhalb bestimmter Zeiträume oder nach einem anderen Maße zu benutzen sei[152]). — Die Auffassung der Realservitut als Eigenschaft der herrschenden Sache, welche deshalb von letzterer unzertrennlich ist, führt auch dazu, daß Jeder, welcher ein dingliches Recht zur Benutzung des herrschenden Grundstückes hat, einen ähnlichen Anspruch auf Benutzung der Servitut hat, insoweit als die

148) L. 25. D. 8. 3.

149) L. 6. D. 8. 1.

150) So von Gesterding, Nachforschungen Bd. VII, Abth. I, S. 12.

151) Die in L. 10. §. 1. D. 10. 3. dem Richter gestattete weitergehende Befugniß in dem Falle, wenn unter mehreren Usuaren Theilung nothwendig ist, wird in dieser Stelle ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet.

152) L. 10. §. 4. D. 10. 3. von Paulus. Vgl. über diese Stelle Elvers a. a. O. S. 108 flg.

Ausübung der Servitut zur Gewinnung der ihm verstatteten Nutzung beiträgt. Daher wird ein Recht auf die Servituten zugesprochen dem Emphyteuta[153]) und dem Usufructuar[154]); ohne Zweifel ist aber auch ein Gleiches hinsichtlich des Superficiars und des Usuars anzunehmen, wenn nur die durch die Servitut verliehene Befugniß innerhalb der dem Usuar zustehenden Berechtigung fällt. Ueberhaupt steht jedem Servitutberechtigten Anspruch auf Theilnahme an der Ausübung der Servituten zu, welche dem ihm dienenden Grundstücke angehören, vorausgesetzt, daß die ihm durch die Servitut gestattete Befugniß es nöthig macht, auch diese Eigenschaft der dienenden Sache zu benutzen. Der Emphyteuta hat zum Schutze in der Ausübung der der Sache zustehenden Realservituten dieselbe Klage, welche sonst der Eigenthümer hat, als utilis actio[155]); Andere, welche an der herrschenden Sache nur den Nießbrauch oder eine andere Servitut haben, müssen zu gleichem Zwecke ihre aus dem Nießbrauche oder der zunächst ihnen zustehenden Servitut fließenden Klage als actio directa wegen Verletzung ihrer Servitutbefugniß anstellen[156]).

2) Personalservituten[157]). Der Usufructus ist dadurch entstanden, daß für die Dauer des Lebens einer Person derselben die factischen Vortheile des Eigenthums gewährt werden sollten, ohne daß ihr deshalb das Eigenthum zufiel und Anderen entzogen wurde. Wesentlich ist daher bei dieser Servitut, daß sie durch den Tod des Berechtigten aufhört, und darin stimmen mit ihr alle anderen Servituten überein, welche nicht Realservituten sind, und darin weichen sie fast von allen Vermögensrechten ab. Das berechtigte Subject ist die physische Person, nicht das mit derselben verbundene über ihr Leben hinaus fortdauernde Vermögen. Daher kann auch Niemand über eine ihm zustehende Personalservitut über die Zeit nach seinem Tode hinaus verfügen[158]). Weil das Ende dieser Servituten stets schon bei ihrer Errichtung vorauszusehen ist, so wurden sie bei den Römern als vorübergehend stets nur auf einen vom Anfang an begrenzten Zeitraum beschränkt angesehen und daraus erklärt, warum außer dem Tode des Berechtigten für sie mehrere den Realservituten fremd gebliebene Gründe des Erlöschens gelten, wozu noch die im römischen Rechte nie ganz verschwundene Auffassungsweise kommt, daß die persönlichen Servituten mehr ein Erzeugniß der Willkür und darum weniger zu begünstigen seien als die Realservituten. Die Bestimmung der Dauer der Personalservitut durch die Lebensdauer des Berechtigten bewirkt die Abhängigkeit ihres Inhaltes von der Individualität desselben sowie daß

153) L. 16. D. 8. 1.
154) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. 7. 7.
155) L. 16. D. 8. 1.
156) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. 7. 6.
157) Elvers a. a. O. S. 112—122.
158) L. 24. §. 1. D. 30.

die gänzliche Trennung der Servitut von derselben Person und die Verknüpfung derselben mit der Person eines anderen Berechtigten sie zu einem ganz anderen Rechte machen müßte, welches daher auch nur unter denselben Bedingungen und Formen entstehen kann, welche zur ersten Begründung eines solchen Rechtes verlangt werden. Nur für den Fall, wenn ein Haussohn einen Nießbrauch erworben hat, hat Justinian eine abweichende Regel aufgestellt[159]). Die Zulassung der Personalservituten für juristische Personen ist keineswegs eine nothwendige Folge ihrer Rechtsfähigkeit, weil das ganze Institut mit dem physischen Menschen, auf dessen Sterblichkeit es vom Anfang gegründet ist, unmittelbar zusammenhängt. Darum konnten juristische Personen auch anfangs solche Servituten nicht durch Geschäfte unter den Lebenden erwerben, weil sie durch ihre Sclaven keine in iure cessio vornehmen konnten; wohl aber konnten ihnen, nachdem ihre Fähigkeit, im Testamente bedacht zu werden, anerkannt war, solche Servituten legirt werden; was auch keine Schwierigkeiten hatte, wenn eine bestimmte Beendigungszeit im Testamente festgesetzt war, was wohl immer im Anfange der Fall gewesen sein wird. Sobald einmal die Fähigkeit der Corporationen, Subject eines Nießbrauches zu sein, geltendes Recht geworden war, kam in Ermangelung der Bestimmung eines Endtermines bei der unendlichen Dauer der Corporationen oder der wenigstens sehr entfernten Aussicht auf ihren Untergang eine solche Servitut einer immerwährenden Veräußerung der betreffenden Befugniß gleich, welche der Testirer nicht beabsichtigte. Man half sich hier damit, daß man, weil der Nießbrauch zu Gunsten einer Corporation ein ähnliches Verhältniß herstelle, wie der zu Gunsten einer physischen Person errichtete, ein Mensch aber höchstens 100 Jahre alt werde, den Nießbrauch einer Corporation auf die Dauer von 100 Jahren beschränkte[160]). Aus demselben Bestreben, den Nießbrauch einer Corporation dem einer physischen Person möglichst anzupassen, erklärt sich Ormilius Marcer, nachdem er in seiner Tabelle über die wahrscheinliche Lebensdauer, welche bei Berechnung der Falcidischen Quart für Vermächtnisse eines Nießbrauches oder lebenslänglicher Alimente zu Grunde gelegt werden soll, dahin gelangt ist, die Vermuthung der Fortdauer des Lebens auf einen Zeitraum von 30 Jahren zu beschränken, auch für die Beschränkung des einer Stadtgemeinde vermachten Nießbrauches auf die Dauer von 30 Jahren[161]). Die Beschränkung auf diesen Zeitraum fällt aber umsomehr auf, je weniger verhältnißmäßig es Gründe giebt, welche ein früheres Erlöschen der für 100 Jahre errichteten Servitut wahrscheinlich

159) L. 17. C. III. 33.

160) L. 56. D. 7. 1. L. 8. D. 33. 2. Doch scheint diese Argumentation nicht durchgehends gebilligt worden zu sein; denn Papinian in L. 66. §. 7 D. 31. rechtfertigt ein solches Legat nur dadurch, daß die Corporation den Nießbrauch durch Nichtgebrauch verlieren könne.

161) L. 68. pr. D. 35. 2. von den Worten: Sic denique — computatio fit.

machen. Sie erklärt sich aber unseres Erachtens genügend aus dem Zwecke, zu welchem die Berechnung der Dauer des Vermächtnisses gemacht wurde, nämlich behufs des Abzuges der Falcidischen Quart. Wurde hier die bei dem Nießbrauche einer Corporation gewöhnliche Dauer von 100 Jahren angenommen, so erschien das Legat um so größer und war einem um so stärkeren Abzuge bei der Falcidischen Quart unterworfen, und es konnte der Fall vorkommen, daß das Legat dadurch ganz absorbirt wurde [162]). Um diese mögliche gänzliche Absorption zu vermeiden und der Corporation doch wenigstens einen Theil des ihr beschiedenen Legates, ungeachtet des Abzuges der Quart, zu sichern und zu erhalten, kam man bei jener Berechnung dazu, eine kürzere Dauer des Nießbrauches einer Corporation als 100 Jahre anzunehmen, und zwar dieselbe, welche man bei physischen Personen zu demselben Behufe annahm. Auch war der Zweck, warum hier 30 Jahre angenommen wurden, ein anderer als bei der Feststellung des Endtermines von 100 Jahren. Letztere hatte den Zweck, überhaupt einen Zeitpunkt festzustellen, mit welchem der Nießbrauch einer Corporation sich endige; bei dem Zeitraume von 30 Jahren handelte es sich aber um die Probabilität der Lebensdauer des Berechtigten nach Maßgabe des bereits zurückgelegten Alters desselben; 100 Jahre konnten hier bei einer Corporation, welche kein physisches Leben hat, nicht angenommen werden; es war nur möglich, die für physische Personen in demselben Falle aufgestellte Vermuthung auch auf Corporationen anzuwenden. Ob diese Bestimmungen auch auf den Fall, wo dem Fiscus eine Personalservitut bestellt ist, anzuwenden seien, ist bestritten. Mehrere ältere Juristen leugnen die Anwendbarkeit, weil ein Untergang des Fiscus rechtlich undenkbar sei [163]). Allein die gedachten Vorschriften über die Dauer der Servitut beruhen nicht auf der muthmaßlichen Dauer der Corporation, sondern haben nur den Zweck, ein wesentliches Merkmal der Personalservituten, das Aufhören nach einem Menschenleben, auch hier zu wahren. Deshalb sind auch jene Bestimmungen auf den Fiscus anwendbar. Sie sind aber auch auf andere Corporationen zugewendete Berechtigungen anzuwenden, nicht blos auf den Nießbrauch, auf welchen sie sich allein beziehen, zu beschränken. — Das Erlöschen mit dem Tode des Berechtigten ist bei der Personalservitut so wesentlich, daß auch

---

162) Z. B. der Nießbrauch ist einer Corporation an einer Sache legirt, welche jährlich 100 Thaler Einkünfte gewährt, also diese zu 4 Procent capitalisirt, 2500 Thaler werth ist. Diese Sache bildet den einzigen activen Vermögensbestand der Erbschaft. Berechnet man nun den Nießbrauch einer Corporation auf 100 Jahre, so beträgt das Legat auf 100 Jahre 10000 Thaler; da aber die bloße Proprietät fast werthlos ist, so würde die Folge sein, daß der Erbe, um die Falcidische Quart zu erhalten, 2500 Thaler bekommen, also die Sache, welche diesen Werth gerade hat, ganz und zwar ohne die Last des Nießbrauches erhalten müßte, wodurch also das ganze Legat untergehen würde.

163) Cuiac. Recitat. ad L. 8. D. de usufr. leg. d'Avezan, servitutum lib. P. 8. 4. p. 460.

Privatwille daran nicht ändern kann, obwohl es immer möglich bleibt, die factischen Folgen dieses Erlöschens aufzuheben und ein Verhältniß herzustellen, welches für die Erben mit der Vererblichkeit der Servitut, wenn sie stattfinden könnte, gleichen Werth hat. Diese Möglichkeit wird dadurch gewährt, daß eine Personalservitut unter einer Suspensivbedingung bestellt werden kann; dadurch ist es möglich, in demselben Rechtsgeschäfte, wodurch eine solche Servitut bestellt wird, zugleich eine eventuelle solche Servitut für den Fall des Erlöschens der ersten in der Person des Berechtigten zu Gunsten seiner Erben zu errichten[164]); ja es darf dies nicht auf den ersten Erben beschränkt werden, sondern es muß auch die Errichtung eventueller Servituten vom Anfang an zu Gunsten der Erben des Erben u. s. w. zugelassen werden, so daß möglicherweise eine so unendliche Reihe von Servituten bestellt wird, daß solche an alle Rechtsnachfolger des zunächst Berechtigten dereinst gelangen. Diesem steht die Verordnung Justinian's[165]), daß der dem Erben vermachte Nießbrauch einer einem Legatar vermachten Sache sich mit der Person des ersten Erben endigen und nicht, wie Einige annahmen, auch auf alle künftigen Erben übergehen solle, nicht entgegen. Dem Kaiser ging das rechte Verständniß der hier obwaltenden Streitfrage ab; er glaubte es handele sich um Fortdauer desselben Nießbrauches bei allen späteren Erben, während doch wohl nur die Bestellung eines solchen für jeden derselben behauptet war. Eine solche Bestellung, die doch nach den sonstigen Grundsätzen des neueren römischen Rechtes zulässig war, hat er nicht verboten und nicht verbieten wollen; sie ist daher noch jetzt zulässig.

III. Beschaffenheit der belasteten Sache. 1) Die belastete Sache darf nicht dem Verkehre entzogen sein[166]). Die dienende Sache muß, wie sich aus dem Begriffe der Servitut nothwendig ergiebt, eine wirklich existirende körperliche Sache sein[167]). Dann darf sie aber auch nicht dem Verkehre und der Privatdisposition entzogen sein. Namentlich darf sie nicht res divini iuris sein. Dies gilt jedoch blos vom römischen Rechte[168]). Dagegen muß nach den Grundsätzen des Kirchenrechtes eine Bestellung einer Servitut an einer im Eigenthum einer Kirche oder milden Stiftung befindlichen Sache unter denselben Voraussetzungen und mit Beobachtung derselben Förmlichkeiten für zulässig erachtet werden, unter welchen eine Veräußerung derselben überhaupt gestattet ist; und ebenso kann an einer solchen Sache eine Servitut durch Verjährung begründet werden. Noch weniger Bedenken hat die Fortdauer der einer Sache aufliegenden Servituten, nachdem dieselbe Eigenthum der Kirche geworden ist, da die

164) L. 5. pr. D. 7. 4. L. 39. §. 4. D. 30.
165) L. 14. C. III. 33.
166) Elvers a. a. O. S. 123—125.
167) L. 2. D. 7. 1.
168) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 123 flg.

römische Idee von einem der Gottheit selbst zustehenden Eigenthum nicht angenommen worden ist. Hinsichtlich der zum unmittelbaren Gebrauche bei dem Gottesdienste bestimmten Sachen ist allerdings eine Ausnahme zu machen; deren Zweck gestattet weder die Belastung mit einer solchen, noch die Fortdauer einer vorher bestehenden, sobald die Sache unmittelbar bei dem Gottesdienste wirklich gebraucht wird. Die Eigenschaft der jetzt sogenannten befriedeten Sachen ist kein Hinderniß weder für die Belastung mit einer Servitut, noch für die Fortdauer einer früher begründeten. An den res publicae konnten nach römischem Rechte Einzelnen bestimmte von dem allgemeinen Benutzungsrechte verschiedene Befugnisse von der zuständigen Behörde verliehen werden; allein diese fallen nach römischem Rechte nicht unter den Begriff der Servituten, sondern unter den der Real- oder Personalprivilegien. Ebenso behandelt das heutige Recht dergleichen Gerechtsame an den eigentlichen res publicae, während an den im Staats- oder fiscalischen Eigenthum befindlichen, der allgemeinen Benutzung nicht überlassenen Sachen eine Servitut sowohl vom Fiscus durch Vertrag bestellt, als durch Verjährung erworben werden kann. Die res communes omnium, wie die Luft, das fließende Wasser und das Meer, schließen vermöge ihrer Natur die ausschließliche Herrschaft Einzelner aus und können deshalb nicht Gegenstände von Servituten sein [169]); anders verhält es sich hinsichtlich der Meeresküste, weil diese dem Privateigenthum so lange unterworfen wird, als durch ein errichtetes Gebäude ausschließliche Herrschaft über diesen Theil geübt werden kann [170]), daher auch eine Servitut, welche gewisser baulicher Vorrichtungen bedarf, so lange dauert, als die zum Zwecke der Servitut auf der Meeresküste gemachten Vorrichtungen bestehen.

2) Unmöglichkeit der Servitut an eigener Sache (nulli res sua servit) [171]). Nach ihrer wesentlichen Bestimmung ist die Servitut ein Recht an einer fremden Sache. Die Belastung einer Servitut für den Eigenthümer, selbst zu Gunsten einer anderen ihm gehörigen Sache, würde durchaus zwecklos sein. Jede Servitut erlischt auch, wenn der Servitutberechtigte die dienende Sache erwirbt [172]), weil sie ihm keinen anderen Vortheil gewähren kann, als den, den ihm schon das Eigenthum verschafft. Daher ist der Satz: nulli res sua servit [173]) einer der ältesten unzweifelhaften in dieser Lehre. Es kann aber das factische oft zwischen zwei Sachen desselben Eigenthümers bestehende Verhältniß, vermöge dessen die Eigenschaft der einen, gleichsam als ob eine Realservitut bestände, zu Gunsten der anderen verwendet wird, die Entstehung einer Servitut veranlassen, wenn beide Sachen aufhören,

---

169) L. 13. D. 8. 4.

170) L. 6. pr. L. 10. D. 1. 8. L. 14. 50. D. 41. 1. L. 3. 4. D. 43. 8. L. 1. §. 17. D. 43. 12.

171) Elvers a. a. O. S. 125—133.

172) L. 5. pr. D. 7. 5.

173) L. 26. D. 8. 2.

Einen Eigenthümer zu haben. Es ist nämlich möglich, daß diese Befugniß an dem einen Grundstücke als Pertinenz des anderen erscheint und daher dem rechtlichen Schicksale derselben als selbstständige Servitut folgt, in welchem Falle man von einer stillschweigenden Servituterrichtung spricht. In anderen Fällen lebt eine durch den Erwerb des Eigenthums der dienenden Sache von Seiten des Berechtigten erloschene Servitut bei der Wiederveräußerung, welche den Erwerb der dienenden Sache gleichsam rückgängig machen soll, in derselben Weise wieder auf oder es kann bezüglich ihre Wiederbestellung erzwungen werden; namentlich a) wenn durch die redhibitorische Klage der Kauf der dem Käufer dienstbaren Sache aufgelöst wird[174]; b) wenn der Servitutberechtigte die dienende Sache durch Legat erworben hat, solche aber infolge der Umstoßung des Testamentes als pflichtwidrig herausgeben muß[175]; c) wenn Restitution gegen den Erwerb stattgefunden hat; d) wenn ein dem alleinigen Erben dienstbares Grundstück einem Anderen legirt ist, wo die Servitut durch den Erwerb des Erben infolge des Erbschaftsantrittes erlischt, aber bei der Herausgabe an den Legatar wiederhergestellt werden darf[176]; e) wenn dem Eigenthümer eine Sache, an welcher ihm eine Servitut zusteht, zur dos gegeben wird, wo nach aufgelöster Ehe mit Herausgabe der Sache die Servitut wieder auflebt[177]. Wird Jemandem eine Servitut unter einer Bedingung bestellt und er erwirbt vor dem Eintritte der Bedingung das Eigenthum der eventuell dienenden Sache, veräußert aber solches vor dem Eintritte der Bedingung, so kann er nach dem Eintritte der Bedingung die Servitut dennoch geltend machen. Es wird dies zwar in den Quellen blos für den Fall, wenn die Servitut unter einer Bedingung legirt ist, so entschieden[178]; allein diese Entscheidung leidet auch da Anwendung, wo die bedingte Servitut nicht durch Legat entstanden ist, und nur insofern erleidet sie eine Modification, als der Verkäufer einer Sache dafür haften muß, daß sie nicht mit der Servitut des Nießbrauches belastet ist; ihm selbst, wenn er solche geltend machen wollte, würde meistens eine doli exceptio entgegenstehen. Aehnliches findet umgekehrt statt, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache die Servitut erworben hat und dieser Erwerb rückgängig wird[179]. Der Grund, auf welchem der Satz: nulli res sua servit, beruht, greift nicht durch, wo einer mehrerer Miteigenthümer eine Servitut in Anspruch nimmt, indem die ausschließliche Befugniß einer Servitut ihm neben seinem Miteigenthum den übrigen Miteigenthümern gegenüber manche Vortheile gewähren kann, was bei dem Nießbrauche und bei affirmativen Servituten von selbst

174) L. 31. §. 3. D. 21. 1.
175) L. 57. D. 7. 1.
176) L. 116. §. 4. D. 30. L. 18. D. 8. 1.
177) Arg. L. 78. D. 23. 3.
178) L. 34. pr. D. 7. 1.
179) L. 116. §. 4. D. 30.

klar ist, aber auch für negative Servituten gilt, weil die einseitige Handlung eines Miteigenthümers ohne Zustimmung der übrigen nur einen persönlichen Anspruch auf Schadenersatz, der durch das iudicium communi dividundo geltend zu machen ist, gewährt; wäre aber diese Handlung einer Servitut des Miteigenthümers an der gemeinsamen Sache zuwider vorgenommen, ihm daneben noch die Servitutenklage auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes und Ersatz zustehen würde. Wenn nun gleichwohl die Bestellung einer Servitut an der gemeinsamen Sache, obgleich daran jeder Miteigenthümer ein rechtliches Interesse haben kann, in den Quellen nicht gestattet wird, so ist dies nicht in den Lebensverhältnissen begründet, sondern aus dem Mangel einer geeigneten Form der Bestellung zu erklären. Da nämlich die theilweise Errichtung einer Servitut mit Ausnahme des Nießbrauches als unmöglich betrachtet wird und deshalb zur Bestellung einer Servitut an einer gemeinsamen Sache die Mitwirkung aller Miteigenthümer ebenso erforderlich ist, als ob jeder einzelne alleiniger Eigenthümer sei, sich aber für die Errichtung einer Servitut zu Gunsten des Eigenthümers keine Form bilden konnte, so folgerten die Juristen, die Mitwirkung aller Eigenthümer sei für diesen Fall unmöglich und es sei deshalb überhaupt die Bestellung einer Servitut an einer gemeinschaftlichen Sache unzulässig [180]). Bei dem Nießbrauche dagegen ist die Errichtung zu intellectuellen Theilen möglich, und daher können die Miteigenthümer ihn für ihren Theil einen anderen Miteigenthümer bestellen lassen, dessen Theil jedoch dadurch nicht belastet wird [181]). Auch kann der Nießbrauch für einen idealen Theil, wenn der Usufructuar das Eigenthum daran erwirbt, erlöschen. Daß die Unmöglichkeit der Bestellung einer Servitut zu Gunsten eines Miteigenthümers an einer gemeinsamen Sache, mit Ausnahme des Nießbrauches, nicht auf inneren, im Verhältnisse selbst ruhenden Gründen beruht, geht daraus hervor, daß der theilweise Erwerb der dienenden Sache durch den Servitutberechtigten den Untergang der einmal bestehenden Servitut nicht zur Folge hat. Der dafür angeführte Grund, daß eine Servitut nicht theilweise erlöschen könne [182]), hätte bei der Unmöglichkeit einer Servitut an eigener Sache dazu führen müssen, daß niemals Miteigenthum an einer Sache erworben werden durfte oder daß die Servitut ganz untergehen müßte. Wenn daher gesagt wird, daß kein Miteigenthümer an einer gemeinsamen Sache vermöge einer Servitut etwas wider den Willen des anderen thun oder eine Handlung des anderen verhindern dürfe [183]), so ist dies mit der Einschränkung zu verstehen, daß die Sache nicht schon vor dem Erwerbe des Miteigenthums durch den Servitut-

180) L. 6. §. 3. D. 8. 4. L. 26. D. 8. 2.
181) L. 10. D. 7. 9. L. 30 §. 1. D. 8. 2.
182) L. 30. §. 1. D. 8. 2.
183) L. 26. D. 8. 2.

berechtigten mit einer Servitut belastet war; keineswegs folgt daraus die Beschränkung jedes Interessenten während der Dauer des Miteigenthums auf die Theilungsklagen, bei denen das Servitutverhältniß berücksichtigt würde und das Wiederaufleben der Servitut erst nach dem Verluste des Miteigenthums von Seiten des Servitutberechtigten. Vielmehr wird ausdrücklich gesagt, daß wegen eines Nießbrauches an der gemeinschaftlichen Sache nicht in dem iudicium communi dividundo entschieden werden könne, und deshalb soll der zum Nießbrauche berechtigte Miteigenthümer die usufructuarische Caution bestellen, um seinem Miteigenthümer eine Klage zu verschaffen[184]). Es kamen daher bei der Theilungsklage die zwischen den Miteigenthümern bestehenden Servitutverhältnisse nicht zur Sprache und darum blieben die Servitutklagen zum Schutze derselben bestehen. Für den Fall, wenn die dienende und die herrschende Sache gleichzeitig im Miteigenthum derselben Personen stehen, sind einander entgegengesetzte Entscheidungen vorhanden, indem nach der einen die Servitut bestehen bleibt[185]), nach der anderen erlischt[186]). Als Grund der letzteren Entscheidung wird hinzugefügt: quia par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit, und darin liegt zugleich die Voraussetzung der Entscheidung; es ist nämlich die zeither nur für ein Grundstück bestehende Gemeinschaft zu demselben Theilungsverhältnisse auch auf das andere Grundstück ausgedehnt, beide sind rechtlich zu Einem Grundstücke vereinigt worden, so daß kein Grund vorhanden ist, die Servitut noch ferner bestehen zu lassen. In den Stellen, welche die erste Entscheidung enthalten, können die Theile der einzelnen Miteigenthümer sehr verschieden sein, und in dem von Paulus entschiedenen Falle ist successive Uebertragung der beiden Theile vorausgesetzt, und so wenig durch Uebertragung des Miteigenthums der dienenden Sache an den Inhaber der herrschenden die Servitut erlöschen kann, ebensowenig kann dies durch den Erwerb eines Theiles der herrschenden Sache von Seiten des Inhabers der dienenden der Fall sein. Auf eine Servitut, welche an einem gemeinsamen Grundstücke zum Vortheile eines anderen gemeinschaftlichen Grundstückes besteht, kann gar nicht verzichtet werden; denn ein solcher Verzicht kann nur durch alle Miteigenthümer, niemals nur für einen idealen Theil geschehen[187]). Aus der Möglichkeit der Servitut eines Miteigenthümers an einer gemeinschaftlichen Sache folgt die Zulässigkeit der negatorischen Klage eines jeden Miteigenthümers gegen eine von einem anderen Miteigenthümer sich fälschlich angemaßte Servitut[188]). Nur das Eigenthum ist mit einer Servitut an derselben Sache unvereinbar; dagegen wird

---

184) L. 10. D. 7. 9.

185) L. 30. §. 1. D. 8. 2. von Paulus. L. 34. pr. D. 8. 3. von Papinian.

186) L. 27. D. 8. 3. von Julian.

187) L. 34. pr. D. 8. 3.

188) L. 27. pr. D. 8. 2. L. 11. L. 14. §. 1. D. 8. 5.

durch den Erwerb einer anderen Servitut die früher zustehende nicht aufgehoben, sofern sie nur einen weiteren Vortheil gewähren kann[189].

IV. Inhalt und Umfang der Servituten. 1) Realservituten. a) Unbeschränkte Zahl derselben[190]. Auch bei den ältesten Servitutenbildungen, den Wege- und Wasserleitungsservituten, mußte von Anfang an Manches, wie die Richtung des Weges u. s. w., der Feststellung durch den Willen der Betheiligten überlassen werden, wenn auch als möglich zugegeben werden muß, daß in der ältesten Zeit über die Art und Weise der Ausübung dieser Gerechtigkeiten, die Breite des Weges u. s. w. ebenso bestimmte unabänderliche Regeln galten wie bei den öffentlichen Wegen und Wasserleitungen. Die Willkür der Betheiligten mußte, sobald ihr einmal Spielraum verstattet war, natürlich immer größeren Einfluß erlangen und hat ihn erlangt, wie die verschiedenartigsten Modalitäten beweisen, welche nach dem Zeugnisse der Quellen jenen Servituten beigefügt werden konnten[191]. So brach sich allmälig die Ansicht Bahn, daß der Wille der Betheiligten das höchste Gesetz für die Servituten sei, und es fiel die Grenze, daß jede errichtete Servitut sich unter den Begriff dieser ältesten Servituten bringen lassen müsse. So finden wir, ohne daß ein Einfluß der Gesetzgebung hierauf stattgefunden hat, zur Zeit der classischen Juristen eine Menge der verschiedenartigsten Realservituten ausgebildet. Mit den in den Justinianeischen Rechtsbüchern erwähnten Realservituten ist aber deren Zahl nicht geschlossen. Die römischen Juristen selbst waren weit entfernt, die überlieferten Realservituten als die einzigen anzusehen; sie berufen sich nicht, wenn sie von einer Realservitut reden, sei sie noch so selten und auffallend, für deren Zulässigkeit auf Herkommen oder Gesetz, sondern sie legen lediglich darauf Gewicht, ob im Einzelfalle eine solche Servitut auferlegt sei und dieselbe nicht im Widerspruche mit den allgemeinen Grundsätzen über Realservituten stehe[192]; dann lassen sie der persönlichen Willkür völlige Freiheit, bei allen Streitigkeiten in jedem Falle alle möglichen Bestimmungen in Ansehung der Ausübung, des Umfanges u. s. w. hinzuzufügen[193], so daß es sich widersprechen würde, auf der einen Seite nur eine bestimmte Zahl von Servituten anzunehmen, auf der anderen aber der Privatwillkür einzuräumen, diese einzelnen Arten beliebig abzuändern. Die uns überlieferten Realservituten sind nur die mit besonderen Kunstnamen versehenen Bildungen, welche bei den Römern häufig vorkamen. b) Erforderniß der Nützlichkeit der Realservituten[194]. Jeder Eigenthümer der herrschenden Sache kann die zu Gunsten dieser Sache bestellte Servitut

189) L. 30. §. 1. D. 8. 2.
190) Elvers a. a. O. S. 134—138.
191) L. 4. §. 1. 2. D. 8. 1. L. 14. D. 8. 4. L. 7. D. 8. 6.
192) L. 4. D. 8. 4.
193) L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. 8. 1. L. 6. §. 5. D. 8. 5.
194) Elvers a. a. O. S. 138—151.

nur dann geltend machen, wenn er an der Ausübung ein rechtliches Interesse hat; ist er infolge besonderer thatsächlicher Verhältnisse in einer Lage, wo ihm die Servitut keinen Vortheil gewähren kann, so steht ihm die Einrede des mangelnden Interesse entgegen. Die Servitut erlischt aber dadurch nicht, selbst dann nicht, wenn die der Ausübung entgegenstehenden Umstände während der Dauer der Berechtigung des jetzigen Inhabers der herrschenden Sache nicht zu heben sind; sie wird nur suspendirt, weil der Berechtigte, obgleich er sie nicht ausüben darf, bei dem Fortbestehen derselben interessirt ist und sie sein Vermögen noch immer vermehrt, insofern als die herrschende Sache durch ihr Fortbestehen einen höheren Werth behält, da jeder künftige Eigenthümer derselben auch Servitutberechtigter sein wird. Deshalb kann auch Jemand bei dem Verluste eines Grundstückes für ein anderes ihm verbleibendes Grundstück eine Servitut retiniren, wenn sie ihm auch keinen Vortheil bringt[195]). Dagegen erlischt die Servitut, wenn die Umstände von der Art sind, daß sich sicher annehmen läßt, daß die Ausübung derselben allen künftigen Inhabern der herrschenden Sache keinen Vortheil gewähren kann, weil ihr Fortbestehen den Werth der Sache nicht vermehrt und daher auch den Berechtigten nicht mehr bereichert. Daher können auch Befugnisse, bei denen ein Nichteigenthümer gar nicht interessirt ist, nicht den Inhalt einer Servitut bilden[196]). Der durch die Servitut gewährte Nutzen muß aber auch unmittelbar in Beziehung zu der herrschenden Sache stehen; die Servitut muß dazu beitragen, daß die herrschende Sache besser ihrer eigenthümlichen Bestimmung gemäß verwendet werden kann und darum ihrem Eigenthümer größeren Vortheil oder größere Annehmlichkeit gewährt. Gewöhnlich werden die vielen hierher gehörigen Aussprüche der Quellen aus dem Satze erklärt, daß eine Befugniß als Realservitut nur soweit verliehen werden könne, als sie voraussichtlich jedem späteren Eigenthümer des Grundstückes Vortheil bringen werde. Es genügt dies aber nicht. Die Realservituten können erstens den Zweck haben, die Benutzung eines Grundstückes durch Verschaffung eines Zutrittes zu demselben möglich zu machen oder zu erleichtern; dazu gehören die Wegeservituten aller Art, die aber immer nur das Recht zum Betreten eines Grundstückes geben, wenn dies zum Zwecke der gehörigen Benutzung des herrschenden Grundstückes geschieht; sie müssen immer von einem Punkte ausgehen, von wo aus auf das herrschende Grundstück zu gelangen für dessen Be=

195) L. 19. D. 8. 1. Es ist dies keine Eigenthümlichkeit der durch Retention bei der Veräußerung der dienenden Sache entstandenen Realservituten im Gegensatze der constituirten, wie sie z. B. Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 3, Gaedke, an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit. Rost. 1826.) Sect. III. p. 20. sq., Gesterding, Nachforschungen Bd. VI, Abth. I, S. 42 betrachtet; denn es mangelt an inneren Gründen einer verschiedenen Behandlung beider Arten von Servituten.

196) L. 15. pr. D. 8. 1.

nutzung vortheilhaft ist. Ohne ein solches Ziel kann eine Wegegerechtigkeit nicht bestehen, und namentlich nicht blos zum Zwecke des Spazierengehens verliehen werden[197]), weil dies mit der Benutzung der herrschenden Sache nicht in Verbindung steht und solche auf keine Weise fördert. Der Zweck der Realservituten kann zweitens sein, die Benutzung der herrschenden Sache vortheilhafter zu machen, dadurch, daß sie der Substanz derselben die zum sachgemäßen Gebrauche ersprießlichen Elemente zuführen. Dazu gehören die Wasserleitungsservituten, die Servituten, Sand zu graben, Holz zu fällen u. s. w., welche alle nur insoweit geübt werden können, als das dadurch gewonnene Material dem herrschenden Grundstücke einverleibt[198]) oder zur gehörigen Instandsetzung und Aufbewahrung der gewonnenen Früchte verwendet wird[199]). Nützt das gewonnene Material in keiner dieser Weisen dem herrschenden Grundstücke, so kann ein Recht auf dessen Gewinnung nicht als Realservitut verliehen werden[200]). Die Nichterwähnung der jetzt so häufigen Realservitut, Brennholz in einem fremden Walde machen zu dürfen, in den römischen Quellen hängt vielleicht mit dem Satze, daß das durch die Servitut erlangte Material immer in das herrschende Grundstück verwendet werden müsse, zusammen, obwohl auf der anderen Seite gesagt werden kann, daß der Brennholzbezug die Benutzung des herrschenden Grundstückes befördert, ja fast möglich macht, weil die Erwärmung eines Gebäudes im Winter Bedingung des Bewohnens desselben ist, und Feuer auch für viele landwirthschaftliche Geschäfte nothwendig ist. Die Servitut, Brennholz im fremden Walde zu machen, ist aber überhaupt nicht dem Boden des römischen Rechtes erwachsen; sie ist ein Ueberbleibsel der ursprünglich in Teutschland freieren Holzberechtigung der Gemeinden in Waldungen, und ist erst dann entstanden, nachdem die Waldungen größtentheils von den Dynasten und geistlichen Corporationen sich angeeignet worden waren, welche nur den früher freien Holzbezug beschränkten. Aus dem Satze, daß das durch die Servitut erlangte Material immer in das herrschende Grund-

197) L. 8. D. 8. 1.

198) L. 6. pr. D. 8. 3.

199) Beispiele für letzteres sind die Servitut des Grabens von Thon, um daraus Gefäße zur Aufbewahrung des auf dem herrschenden Grundstücke gewonnenen Weines zu verfertigen, oder des Holzschlagens, um aus dem Holze solche Weingefäße zu machen. L. 6. pr. §. 1. D. 8. 3. Auch gehören hierher die Weideservituten.

200) Daher kann es keine Realservitut geben, ut pomum decerpere liceat. L. 8. D. 8. 1. Man kann diesen Ausspruch nicht mit Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 804, dadurch erklären, daß es nicht Jedermanns Geschmack sei, in einem fremden Garten Obst zu naschen, da das Obst nicht weniger bei den Römern als bei uns ein allgemeines Lebensmittel, was einen Marktpreis hatte, war. Ebenso kann man nicht sagen, der Bezug von Lebensmitteln nütze dem Grundstücke insofern, als die eigenen Erzeugnisse des Grundstückes geschont werden könnten; denn der Zweck der Früchte eines Grundstückes ist ihre Verwendung und deren längere Aufbewahrung verbessert die Lage des Grundstückes nicht.

stück zu verwenden ist, folgt, daß durch die Realservitut Material nur insoweit gewonnen werden darf, als es für das herrschende Grundstück verwendet werden kann. Auch unter den römischen Juristen fehlte es freilich nicht an solchen, welche eine Benutzung über das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes hinaus zulassen wollten. So ließ Labeo zu, daß der Wasserleitungsberechtigte von dem Wasser dem Nachbar mittheile; allein seine Ansicht, welche auf der Beobachtung beruht, daß es für den Eigenthümer des dienenden Grundstückes gleichgiltig sein könne, wie viel Wasser durch die einmal bestehende Leitung laufe, ist nicht nur von Proculus und Pomponius bestimmt verworfen[201]) sondern auch durch andere Stellen widerlegt[202]). Das Verhältniß einer anderen Stelle[203]) zu dieser Lehre ist bestritten[204]). Der Zweck der Realservituten kann drittens die Abführung schädlicher Substanzen, wie namentlich des überflüssigen Wassers, von dem herrschenden Grundstücke sein. Dann ist die Benutzung der Servitut nur insoweit zulässig, als es nöthig ist, um das herrschende Grundstück selbst von dem Wasser zu befreien, nicht aber darf dieses noch etwas von einem anderen Grundstücke aufnehmen, um solches ebenfalls mit Hilfe der Servitut fortzuschaffen[205]). Wird dem herrschenden Grundstücke das Wasser infolge einer anderen Servitut von einem anderen Grundstücke zugeführt und diese Servitut ist jünger als die dem dienenden Grundstücke auferlegte, so ist das dienende Grundstück zur Aufnahme des dem herrschenden Grundstücke durch jene jüngere Servitut zugeführten Wassers nicht verpflichtet, weil eine solche Benutzung der Ableitungsservitut bei deren Auferlegung nicht beabsichtigt war; mußte dagegen das herrschende Grundstück schon vor der Bestellung der Servitut fremdes Wasser infolge einer ihm aufliegenden Servitut oder vermöge gesetzlicher Vorschrift aufnehmen, so ist diese Last ein Fehler der Sache selbst und kann daher durch eine Realservitut beseitigt werden. Aehnlich ist der Fall, wenn die Realservitut das herrschende Grundstück gegen schädliche Substanzen schützen soll, welche es sonst vermöge Naturnothwendigkeit oder

---

201) L. 24. D. 8. 3.

202) So ist die Verpachtung einer Realservitut nicht gestattet L. 44. D. 19. 2. Mit dem herrschenden Grundstücke ist sie gestattet. Schäffer, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß N. F. Bd. IX, S. 102. Aus L. 33. §. 1. D. 8. 3. ist nur abzuleiten, daß bei einer Wasserleitung einem Eigenthümer der dienenden Grundstücke oder einem Nachbar derselben die Mitbenutzung durch pacta oder Stipulationen verstattet werden kann; dies setzt aber Vereinigung aller Betheiligten, d. h. der Inhaber aller dienenden und herrschenden Grundstücke über die einem Dritten, der nicht servitutberechtigt ist, zu gestattende Mitbenutzung voraus, wodurch aber nur ein persönlicher Anspruch gegenüber den Paciscenten und ihren Erben begründet wird.

203) L. 1. §. 16. D. 43. 20.

204) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 146—148, dessen Erklärung der gewöhnlichen unbedingt vorzuziehen ist.

205) L. 29. D. 8. 3.

vermöge gesetzlicher Vorschrift treffen würden. Realservituten können viertens die Vergrößerung des Umfanges des herrschenden Grundstückes zum Zwecke haben, indem sie die Vornahme solcher Handlungen, welche zur zweckgemäßen Benutzung oder zur Verschönerung des Grundstückes beitragen können, auch über dessen Grenzen hinaus auf dem anliegenden Grundstücke, um so den Mangel der herrschenden Sache an Raum zu ersetzen, verstatten. Die Handlungen müssen aber immer wieder zu der herrschenden Sache in naher Beziehung stehen, und namentlich muß der Nutzen, den sie gewähren, nur durch Vermittelung derselben ganz genossen werden können[206]). Bei den meisten Servituten dieser Art ist charakteristisch, daß zwischen dem herrschenden und dienenden Stücke sich äußerlich ein Band zeigt, welches beide als Eine Sache erscheinen läßt; wo dies nicht der Fall ist, müssen die übrigen Beziehungen auf die herrschende Sache um so enger sein. Der Zweck der Realservituten kann endlich fünftens sein, die Benutzung der herrschenden Sache dadurch vortheilhafter oder angenehmer zu machen, daß sie solche an sich rechtlich erlaubte Handlungen Dritter hindern, welche den Gebrauch des herrschenden Grundstückes beeinträchtigen. Dies ist der Zweck der negativen Servituten. Die Jagdgerechtigkeit kann nicht dagegen als Beispiel einer Realservitut angeführt werden, deren Ausübung die Benutzung der herrschenden Sache in keiner Weise unterstütze. Denn überhaupt ist nicht erweislich, daß das römische Recht die Jagdgerechtigkeit als Realservitut gekannt habe[207]). c) Erforderniß der causa perpetua[208]). Jede Realservitut muß ihrem Inhaber nach dem Bisherigen einen Vortheil bei der Benutzung der herrschenden Sache gewähren; über die Art und Weise aber, wie dieser Vortheil zu gewähren ist, stellen die römischen Quellen noch weitere Forderungen, welche man nach ihrem Vorgange[209]) als das Erforderniß einer per-

---

206) So kann man wohl das Recht haben, in des Nachbars Luftraum hinein einen Balkon oder auf der fremden Mauer eine zum Spazierengehen bestimmte Säulenhalle zu bauen. L. 8. §. 1. D. 8. 5. Denn dadurch wird in unmittelbarer Beziehung zu dem herrschenden Hause eine Einrichtung getroffen, welche dasselbe vergrößert und verschönert, und äußerlich als ein Theil desselben erscheint. Dagegen kann es keine Realservitut dahin geben, ut coenare in alieno possimus. L. 8. D. 8. 1.

207) L. 16. D. 8. 3., auf welche man sich beruft, enthält nichts von einer solchen Realservitut, und aus der Stellung dieses Fragments unter dem Titel de servitutibus praediorum rusticorum folgt nichts für die Möglichkeit der Begründung einer solchen, da in den die Servituten betreffenden Titeln sich Fragmente befinden, welche sich nicht direct auf Servituten beziehen, z. B. L. 20. §. 1. D. 8. 5., welche Stelle die Servitutenlehre nicht berührt, indem sie davon redet, wie ein von Mehreren als Weideland gekauftes Grundstück Pertinenz der Grundstücke der Einzelnen werden könne, wenn die Weide nur mit Bezug auf diese benutzt sei. Vgl. Elvers a. a. O. S. 132 flg.

208) Elvers a. a. O. S. 151—166.

209) L. 28. D. 8. 2. in den Worten: Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent.

petua causa zusammenfaßt. Die Realservituten bezwecken nämlich den künstlichen Ersatz einer dem Grundstücke von Natur abgehenden Eigenschaft, und daher werden diese künstlichen Eigenschaften den natürlichen soviel möglich ähnlich zu machen gesucht, was sich namentlich darin zeigt, daß eine Realservitut nur da stattfinden soll, wo die Ausübung der Befugniß unmittelbar durch die Sache selbst möglich gemacht wird, und nicht von der mehr oder weniger zufälligen Thätigkeit des Eigenthümers der dienenden Sache oder Dritter abhängt, und wo die Verhältnisse nicht so beschaffen sind, daß voraussichtlich auch ohne den Eintritt außergewöhnlicher Umstände der Ausübung der Befugniß bald unübersteigliche Hindernisse entgegenstehen werden, und namentlich nicht gleich von Anfang an eine Erschöpfung des zu benutzenden Materials durch die Ausübung der Servitut zu erwarten ist. Es dreht sich hauptsächlich bei der Erörterung der Frage, was unter dem Erforderniß der causa perpetua zu verstehen sei, um die Auslegung der L. 28. D. 8. 2. von Paulus, deren verschiedene Erklärung zu den verschiedensten Theorien über diese Lehre Veranlassung gegeben hat[210]). Die Erklärung, nach welcher in dem ersten Theile dieser Stelle die perpetua causa in der herrschenden Sache fehlen soll, bietet so viel Schwierigkeiten, daß jede andere, welche der Wortlaut gestattet, vorgezogen werden muß. Folgende von Vangerow kurz angegebene, von Elvers weiter ausgeführte Erklärung hat die meisten Gründe für sich. In dem ersten Theile der Stelle sagt Paulus: Wenn in einem Hause eine Oeffnung sich befindet, durch welche das zum Abspülen des Estrichs gebrauchte Wasser abgeleitet wird, so kann dadurch nicht eine auf das Fortbestehen dieser Oeffnung gerichtete Realservitut erworben sein, weil das Loch allein nichts nützt, erst Werth durch das aus demselben herausfließende Wasser erhält, auf dessen Bezug daher die Berechtigung gerichtet wäre. Diese Berechtigung setzt aber die Thätigkeit eines Menschen voraus, welche, da die Servitut auf sie kein Recht giebt, immer etwas Zufälliges bleibt, so daß sich auch nicht bestimmen läßt, ob die Servitut einen Nutzen gewährt. Anders aber verhält es sich, wenn der Wasserfluß wenigstens in seinem Stamme durch eine natürliche Ursache erzeugt wird, auch wenn er noch so unregelmäßig entsteht, wie dies bei Regenwasser der Fall ist, und wodurch die hier behandelte Servitut ganz in die Klasse der immer erlaubten servitus stillicidii und fluminis non avertendi kommt. Eine perpetua causa müssen aber, fährt Paulus im zweiten Theile der Stelle fort, alle Realservituten haben, und deshalb darf auch keine Wasserleitungsservitut aus einem See oder Sumpf hergeleitet werden. Dieser Erklärung steht nicht entgegen, was gegen die Ansicht von

---

210) Verschiedene Erklärungen haben Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 39. Schrader, civil. Abhandl. N. x, S. 306 flg. Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. I, S. 55 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 808. Elvers a. a. O. S. 155 flg.

Schrader von Elvers geltend gemacht ist, daß auf diese Weise Anfangs eine Wasserleitung gestattet werde, die blos auf Regenwasser gegründet sei, später aber solche da als unzulässig erklärt werde, wo doch zu schon vorhandenem Wasser noch Regenwasser hinzukomme. Denn der Sachverhalt ist nach beiden Auffassungen verschieden. Nach der hier angenommenen dient das Loch dazu, um das triclinium vom Wasser frei zu halten, und also wird der Regen sich sofort, wie er gefallen ist, sammeln und ganz, wie bei der servitus fluminis, unter Bewahrung seines Charakters als Regenwasser auf des Nachbars Grundstück gelangen. Nach der Ansicht von Schrader hingegen wird das Wasser erst in einer Cisterne gesammelt, verliert dadurch seinen Charakter als Regenwasser und wird daher dem lacus und stagnum ganz gleich. Mit mehrerem Grunde könnte gegen die hier angenommene Auffassung die unmittelbar folgende L. 29. D. 8. 2. von Pomponius angeführt werden, wo eine andere Erklärung, als daß nach dieser Stelle das Loch in der Mauer des Grundstückes sich befindet, welches, wenn die Servitut möglich wäre, das herrschende sein würde, und die Servitut demnach wahrscheinlich die Befugniß enthält, das Spülwasser auf das fremde Grundstück ablaufen zu lassen, ohne Zwang kaum möglich ist. Allein die Stelle, welche von einem anderen Juristen herrührt und ursprünglich wohl einen ganz anderen Fall behandelt haben wird, beweist nur den von den Compilatoren der L. 28. D. 8. 2. beigelegten Sinn, ist aber in Beziehung auf die Auslegung dieser Stelle ohne Einfluß. Die ihrem Inhalte sonach festgestellte L. 28. D. 8. 2. beweist zunächst den ersten der beiden Sätze, welche die Forderung der causa perpetua enthält, nämlich den, daß die Servitut nicht factische Voraussetzungen haben soll, welche nur durch wiederkehrende Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstückes hervorgebracht werden, sondern unabhängig von dieser sowohl als von der Thätigkeit Dritter lediglich aus den durch die Natur der Sache erzeugten Kräften und den in dem Servitutrechte enthaltenen Mitteln herzustellen sind. In dem zweiten Theile weist die angezogene Stelle auch auf den zweiten Satz hin, indem die causa perpetua da geleugnet wird, wo die Beschaffenheit der thatsächlichen Verhältnisse die baldige Erschöpfung des zur Ausübung der Servitut nöthigen Materials durch deren Benutzung erwarten läßt. Die Aufstellung dieser Forderung ist ebenfalls aus dem Gesichtspunkte, daß die Realservitut dem herrschenden Grundstücke eine Eigenschaft verleihen solle, zu erklären, indem ebenso wie die den Servituten von Celsus[211]) verglichenen, einem Grundstücke von Natur verliehenen Eigenschaften der bonitas, salubritas, amplitudo, demselben bei zweckmäßiger Benutzung nur durch ungewöhnliche Unglücksfälle entzogen werden, so auch diese dem Eigenthümer verliehenen Befugnisse nur dann als Realservituten, als künstlich erzeugte Eigenschaften des Grundstückes gelten sollen, wenn

211) L. 86. D. 50. 16.

nicht schon von Anfang das ganze Verhältniß aus in ihm selbst liegenden Gründen eine baldige Beendigung erwarten läßt. Bei den Römern ist aber die Anwendung dieser Forderung in den einzelnen Fällen nicht bis auf die Spitze der Consequenz getrieben worden, sondern es haben dabei die obwaltenden Umstände und vorzugsweise die im Verkehr geltenden Ansichten Berücksichtigung gefunden, und ebenso muß bei Auferlegung neuer den Römern unbekannter Servituten noch jetzt verfahren werden. Als Realservituten kommen in den Quellen die servitus arenae fodiendae, die servitus cretae eximendae oder lapidis eximendi vor[212]; sicher ist aber die Erschöpfung des auf dem dienenden Grundstücke vorhandenen Vorrathes bei fortgesetzter Ausübung der Servitut dereinst vorauszusehen, ohne daß das Material durch die Natur reproducirt wird, was auch den Römern nicht entgangen sein wird. Indessen ist bei dem in der Regel geringen Bedarfe des herrschenden Grundstückes an diesen Dingen die Erschöpfung des Materials bei einigermaßen größerem Vorrathe desselben auf dem dienenden Grundstücke erst nach einer sehr langen Reihe von Jahren, ja Geschlechtern zu erwarten, und im Verkehre wird der Werth einer solchen auf eine zwar lange, aber doch voraussichtlich endliche Zeit begründeten Befugniß kein anderer sein als da, wo das Ende in einer noch viel längeren Zeit zu erwarten oder gar nicht abzusehen ist. Ist der Vorrath des auf dem einen Grundstücke vorhandenen Materials im Verhältnisse zu dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes so gering, daß derselbe sicher bald erschöpft werden wird, so können auch die oben genannten Servituten wegen Mangels der perpetua causa nicht als Realservituten bestellt werden. Besonders ausgebildet worden ist die Lehre von der causa perpetua für die auf die Beziehung von Wasser gerichteten Servituten, aber in einer dem bisher aufgestellten Gesichtspunkte nicht immer entsprechenden Weise, indem die sonst für die Servitutenerrichtung gestattete Freiheit mehrfach beschränkt und Regeln aufgestellt werden, für die in manchen Fällen ein innerer Grund nicht aufzufinden ist. Schon in L. 28. D. 8. 2. ist allgemein der Satz ausgesprochen, daß an einem See oder Sumpf wegen Mangels der perpetua causa keine Wasserleitungsservitut bestehen könne. Es ist dies freilich auf solche Seeen zu beschränken, in welchen keine Quellen entspringen oder welche keinen Zufluß durch Bäche oder Flüsse haben; denn andere Stellen erkennen unter der Voraussetzung des Vorhandenseins von Quellen oder des Zuflusses die Möglichkeit einer Wasserleitungsservitut an[213]. Diese Stellen handeln zwar zunächst von dem durch das interdictum de aqua quotidiana und das interdictum de fonte zu gewährenden Schutz, und man hat deshalb die Zulassung der Wasserleitungsservituten aus Seeen erst dem prätorischen Rechte zuschreiben wollen; allein etwas Neues hat hier der Prätor nicht

212) L. 5. §. 1. L. 6. §. 1. D. 8. 3.
213) L. 1. §. 8. D. 43. 20. L. 1. §. 4. D. 43. 22.

eingeführt; sein Interdict ist lediglich an die Voraussetzungen des Civilrechtes geknüpft. Selbst mit obiger Einschränkung führt aber jener Satz zu der Absicht des Gesetzes nicht entsprechenden Härten; es wird dadurch z. B. die Servitut der Wasserleitung an einem See ohne regelmäßigen Zufluß unmöglich, obgleich die Wasserleitung so wenig Wasser zur Speisung bedarf, daß der Vorrath bis zur nächsten Regenzeit, wo sich der See wieder füllt, vollkommen hinreicht oder die Wasserleitung nur im Frühjahre Nutzen zu gewähren vermag, wo sie ebenfalls durch den Wasservorrath des Winters hinreichend gespeist wird. Noch auffallender als die Unzulässigkeit der Wasserleitungsservitut an solchen zuflußlosen Seeen, ist die in den Quellen ausgesprochene Unzulässigkeit jeder nur auf das Wasserschöpfen gerichteten Servitut daran[214]), wo die Möglichkeit der Gewinnung eines dauernden und immer wiederkehrenden Vortheiles für das herrschende Grundstück daraus viel einleuchtender und die gänzliche Entleerung des Teiches vor Eintritt der Regenzeit durch bloßes Schöpfen viel weniger zu erwarten ist. Dasselbe wird für die künstlichen Wasserbehälter, die Cisternen, welche blos durch Regenwasser, nicht durch Quellen, gefüllt werden, als Regel ausgesprochen, obwohl auch hier wieder ein dauernder Nutzen denkbar ist[215]). Selbst wenn durch den Gebrauch eine solche Cisterne auch bald erschöpft würde, müßte doch nach den allgemeinen Grundsätzen der römischen Servitutenlehre die Bestellung einer auf Gebrauch des darin befindlichen Wassers gerichteten Realservitut zulässig sein, sobald sich nur zur Regenzeit die Cisterne von selbst, d. h. ohne Mitwirkung ihres Eigenthümers, wieder füllen kann. Denn eine ununterbrochene Benutzung einer Servitut wird nicht erfordert; die Ausübung mancher Servituten ist nur in kurzen periodisch wiederkehrenden Zeiträumen möglich, ohne daß ihnen deshalb die causa perpetua abgesprochen wird; häufig waren ja selbst die Wasserleitungsservituten an bestimmte Jahres- oder Tageszeiten gebunden. Erfordert wird nur, daß voraussichtlich die Umstände niemals aufhören, welche die Gewährung von Nutzen durch die Servitut möglich machen; diese Umstände sind im vorliegenden Falle das Klima, in dessen Folge von Zeit zu Zeit Regen fällt, eine Vorrichtung zur Sammlung des gefallenen Regenwassers aus einem gewissen Umkreise an einem Orte und zu dessen Aufbewahrung auf einige Zeit, eine Vorrichtung zur Leitung des Wassers von dort aus auf das zu bewässernde Grundstück, endlich die Erhöhung der Brauchbarkeit des letzteren dadurch, daß der Boden noch einige Zeit nach dem Aufhören des Regens befeuchtet werden kann; was alles meistens ebenso gleichmäßig fortdauernde Verhältnisse sind, wie die Voraussetzungen anderer Realservituten. Dennoch wird die Möglichkeit einer servitus aquaeductus oder aquae haustus bestimmt in Abrede gestellt, und auch das

214) L. 1. §. 1. 4. D. 43. 22.
215) L. 1. §. 4. D. 43. 22.

prätorische Recht ist hier über die vom Civilrechte gezogenen Schranken nicht hinausgegangen, wie namentlich für das interdictum de fonte ausgesprochen wird [216]). Elvers [217]) vermag die Gründe, welche hier diese mit den sonst für Servituten herrschenden Principien wenig in Einklang stehenden Bestimmungen schufen, nur in der Zeit zu finden, wo das Recht und namentlich das Servitutenrecht weniger entwickelt war. In der ältesten Zeit, sagt er, bis auf welche die Wasserleitungsservitut zurückgehe, habe das ganze Recht noch den Charakter der Starrheit und Unbeholfenheit gehabt, und der individuellen Willkür möge selbst bei Errichtung der Servituten nur geringer Spielraum gewährt worden sein. Die Wege- wie die Wasserleitungsservituten hätten überall die bestimmten unabänderlichen Formen eingehalten, unter welchen sie sich im Rechte Bahn gebrochen hatten, und dazu möge auch gehört haben, daß ein Aquäduct nur an viva aqua bestellt werden könne, weil nämlich alsbald habe einleuchten müssen, daß ein zuflußloser Teich eine große Wasserleitung nur kurze Zeit speisen und dann für immer erschöpft sein könne, und daß daher durch die Verleihung einer Wasserleitungsbefugniß an einem solchen Teiche nur ein kurzes vorübergehendes Verhältniß entstehen würde, nicht aber darauf ein solches dauerndes Institut gegründet werden könnte, wie es mit dem Namen aquaeductus bezeichnet wurde. Das Recht habe daher eine Grenze angeben und bestimmen müssen, wie viel Wasser vorhanden sein müsse, um eine derartige Befugniß als Realservitut zu begründen. Das von ihm für die Servitutenlehre geforderte Criterium, daß der Schätzung des Verkehres gemäß die Aussicht auf künftige Erlöschung der Voraussetzungen der Servitut so gering sei, daß das Verhältniß in seiner Bedeutung für die Gegenwart als ein unendliches erscheine, habe für die ältesten Rechtszustände nicht genügt; diese hätten mehr eines äußerlichen handgreiflichen Criteriums bedurft und als solches habe sich leicht der Satz bilden können, daß Wasserleitungen nur möglich seien, wo viva aqua vorhanden sei, da ja dies der gewöhnlichste Fall war, und da bei Beobachtung dieser Regel niemals ein baldiger Untergang der Servitut wegen Wassermangels zu befürchten stand. An dieser Beschränkung, sobald sie einmal zur Anerkennung gelangt war, sei auch mit echt römischer Zähigkeit festgehalten und solche darum auch auf die servitus aquae haustus übertragen worden, als diese in unmittelbarem Anschlusse an die Wasserleitungsservitut und in einer Zeit entstanden sei, wo das Recht noch nicht zu der wissenschaftlichen Freiheit und Durchbildung, welche es später behauptete,

---

216) L. 1. §. 1. 4. D. 43. 22. Wenn Paulus in L. 9. D. 8. 3. sagt: hodie tamen ex quocunque loco (servitus aquae ducendae vel hauriendae) constitui solet, so stellt er damit kein anderes Princip auf; diese Worte beziehen sich nur auf den in derselben Stelle vorhergehenden Satz, daß früher nur ex capite vel ex fonte Wasser geleitet werden konnte, und bedeuten daher nur, daß von jedem Theile eines Baches aus die Wasserleitung anfangen könne.

217) Elvers a. a. O. S. 163 flg.

gelangt war. Auch möge das Bedürfniß niemals dringend genug gewesen sein, um diese Beschränkungen für die Wassergerechtigkeiten aufzuheben, und so hätten sie sich als Singularitäten erhalten, während bei den übrigen Servitutenbildungen entsprechende Vorschriften ganz fehlten. Wir stimmen mit Elvers darin überein, daß der Ursprung dieser Eigenthümlichkeiten der Wassergerechtigkeiten in die ältere Zeit zurückzuversetzen sei, wo das Recht und besonders das Servitutenrecht noch wenig entwickelt war. Wir suchen aber den Grund dieser Eigenthümlichkeiten in der schon oben von uns angedeuteten Ausdehnung der rei vindicatio auf die Servituten und in der Anwendung der mancipatio und in iure cessio auf die Servituten kurz in der Anwendung dieser eigentlich nur für körperliche Sachen bestimmten Uebertragungsformen auf die Servitutverhältnisse. Wir haben oben gesehen, daß eine Anwendung der Vindication auf die Servituten, namentlich die ältesten, die Wege- und Wasserleitungsservituten dadurch in der ältesten Zeit ermöglicht wurde, daß man, wie bei Grundstücken ein Theil desselben als Repräsentant desselben vor den Magistrat gebracht und dort vindicirt wurde, so auch bei Wegeservituten ein Theil des dienenden Grundstückes, ein Erdkloß als Repräsentant des Weges, bei Wasserleitungsservituten eine kleine Quantität Wasser von dem dienenden Grundstücke als Repräsentant des zu vindicirenden Wassers vor den Magistrat gebracht und dort vindicirt wurde. Ebenso ist die Mancipation dieser Servituten in der ältesten Zeit ermöglicht worden. Erst in der späteren Zeit, wo das Recht den Charakter der Starrheit und Unbeholfenheit mehr abgelegt und eine freiere Entwickelung sich Bahn gebrochen hatte, gelangte man endlich dazu, die Vindication des bloßen Rechtes ohne Symbol und so auch die Mancipation des bloßen Rechtes ohne Symbol zu gestatten; zur Zeit der classischen Juristen ist dies bereits zu vollständiger Geltung gekommen und in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen. Bleiben wir bei den hier uns allein interessirenden Wassergerechtigkeiten stehen, so leuchtet von selbst ein, daß es dem Charakter der ältesten Zeit allein entspricht, daß nur das Recht an viva aqua vindicirt, mancipirt und in iure cedirt werden konnte, und zwar das Recht am Wasser, welches aus einer auf dem dienenden Grundstücke befindlichen Quelle entsprang; denn nur hinsichtlich solchen Wassers, welches beständig da war, und dessen Dasein nicht, wie das des Regenwassers, von zwar nach dem Laufe der Natur wiederkehrenden, aber doch nicht zu jeder Zeit vorhandenen Verhältnissen abhing, konnte eine Herrschaft in der im Inhalte der Servitut liegenden Weise behauptet, nur solches Wasser konnte zum Gegenstande der Vindication gemacht werden. Ebenso entsprach es dem Charakter der ältesten Zeit allein, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nur das Recht auf Wasser, welches zu jeder Zeit auf seinem Grundstücke vorhanden war und zwar ursprünglich nur solches, welches seine Quellen dort hatte, durch Mancipation auf den Eigenthümer des herrschenden Grundstückes übertrug; denn nur dieses

Wasser war wirklich beständig, so lange er Eigenthümer des Grundstückes blieb, sein Eigenthum, nur dieses konnte er übertragen; an dem fallenden Regenwasser hatte er nicht mehr Recht als jeder Andere, welcher dasselbe auf seinem Grundstücke auffing, und er gelangte dazu auch nur erst infolge einer erst anzubringenden Vorrichtung, wodurch das Regenwasser gesammelt werden konnte. Wir finden also den Grund der Eigenthümlichkeiten der Wassergerechtigkeiten darin, daß in der ältesten Zeit nur Wasser aus einer auf dem dienenden Grundstücke befindlichen Quelle Gegenstand der Vindication und Mancipation sein konnte. Daß nur an solchem Wasser ursprünglich eine servitus aquaeductus oder aquae haustus bestellt werden konnte, sagt Paulus ausdrücklich[218]): Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest; und wenn er gleich darauf hinzufügt: hodie tamen ex quocunque loco constitui potest, so geht daraus hervor, daß die hierin angedeutete Zulässigkeit dieser Servituten an einem jeden Theile eines Baches erst der Entwickelung einer späteren Zeit angehört, über welche man jedoch zu seiner Zeit allgemein einverstanden war. Derselbe Grund ist unseres Erachtens die Veranlassung des Satzes, daß eine Servitut nicht constituirt werden konnte, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat, daß man erst nach Wasser auf dem dienenden Grundstücke suchen und, wenn man solches gefunden habe, dasselbe ableiten dürfe. Denn daß dieser Satz der ältesten Zeit angehöre, geht daraus hervor, daß erst Labeo eine eigene Servitut dieses Inhaltes zulassen wollte, aber keine eigentliche servitus aquaeductus hier annahm, während Paulus weniger streng die letztere hier annahm[219]). Auch dieser Satz der ältesten Zeit läßt sich hinreichend daraus erklären, daß ursprünglich nur Wasser aus einer auf dem dienenden Grundstücke befindlichen Quelle Gegenstand der Mancipation u. s. w. sein konnte. Bei den städtischen Servituten war man schon vor Labeo dazu gelangt, deren Errichtung zuzulassen, schon ehe alle Voraussetzungen zur Ausübung vorhanden waren[220]), was wohl wieder mit der für diese Art der Servituten eigenthümlichen Begründung durch in iure cessio zusammenhing, welche hinsichtlich dieser lediglich durch Erklärungen der Betheiligten vor dem Magistrate bewirkt werden konnte, indem ein Symbol, einen Repräsentanten der zu cedirenden Servitut, aufzufinden kaum möglich war. Daß die strengen Forderungen, welche hinsichtlich der perpetua causa bei den Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten im römischen Rechte gestellt werden, eine Eigenthümlichkeit derselben sind, ergiebt sich daraus, daß bei einigen ebenfalls auf Wasserbezug gerichteten, aber erst später entstandenen städtischen Servituten, der servitus stillicidii oder fluminis non avertendi dieses Erforderniß der

218) L. 9. D. 8. 3.
219) L. 10. D. 8. 3.
220) L. 10. D. 8. 3.

viva aqua nicht erwähnt wird. Während durch keine Realservitut die Befugniß gewährt werden konnte, aus einer auf fremdem Grund und Boden gelegenen und durch Regenwasser gefüllten Cisterne Wasser abzuleiten, war dagegen es zulässig, vermöge einer Realservitut das auf fremden Boden gefallene Wasser sofort, wie es gefallen war, auf sein Grundstück abzuleiten, ohne daß hier geltend gemacht wurde, daß dieses Ableitungsrecht nur zeitweilig und nur zufällig, wenn Regen gefallen war, ausgeübt werden konnte. Der verschiedene Bildungsgang, welchen die letzteren Servituten genommen haben, welche zugelassen wurden, nachdem man die servitus stillicidii und fluminis zugelassen hatte, welche dem dienenden Grundstücke die Last der Aufnahme des Wassers vom fremden Dache auferlegte, und man sah, daß neben der Last daraus auch häufig ein Vortheil für den Empfänger des Wassers entstehen konnte, ist unseres Erachtens hauptsächlich daraus zu erklären, daß die servitus aquae ducendae und aquae hauriendae von Anfang an bei den Römern in Verbindung mit der Landwirthschaft gestanden hat und durch deren Bedürfnisse veranlaßt worden ist, während die servitus stillicidii oder fluminis non avertendi von Anfang an zu den städtischen Servituten gehört. Der Wasserbedarf ist aber bei der Landwirthschaft noch weit umfangreicher als bei den Wirthschaften in der Stadt, und dies wird wohl auch den Römern nicht entgangen sein und eben dazu geführt haben, daß man auf dem Lande zur Befriedigung des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes an Wasser Bestellung der servitus aquae ducendae und aquae hauriendae an aqua viva für nothwendig erachtete, während in der Stadt wegen des geringeren Wasserbedarfes der einzelnen Wirthschaften, zu dessen Befriedigung schon das Recht, das vom fremden Dache herabfallende Regenwasser aufzunehmen, wenn auch nicht ausreichte, doch wenigstens wesentlich beitrug. Daß überhaupt in Rom das Wasser nicht überflüssig in der ältesten Zeit zu haben war, beweist die Menge der erst in der letzten Zeit des Freistaates entstandenen öffentlichen Wasserleitungen, deren Zweck doch nur darauf ging, dem Wassermangel abzuhelfen. Eine andere Frage ist es, ob die im römischen Rechte begründeten gedachten Eigenthümlichkeiten der servitus aquae ducendae und aquae hauriendae noch heutzutage festgehalten werden müssen. Dies ist unserer Ansicht entschieden zu verneinen, einmal weil dieselben auf den römischen Arten der Begründung der ländlichen Servituten durch Mancipation beruhen, dann weil die Römer bei städtischen Servituten, welche ebenfalls auf eine Wasserleitungsgerechtigkeit hinauslaufen, diese Eigenthümlichkeiten selbst nicht festgehalten haben, und umsoweniger wir daran gebunden sein können. Daher stellen wir für das heutige Recht als Resultat auf, daß die Servitut der Wasserleitung sowohl als der Wasserschöpfung aus einem Teiche, welcher ohne äußeren Zufluß sich blos durch Regenwasser füllt und erhält, giltig bestellt werden kann. d) Erforderniß der Nachbarschaft zwischen dem herrschenden und dienen-

den Grundstücke (praedia esse debent vicina)[221]). Hinsichtlich der Lage, welche das herrschende und das dienende Grundstück zu einander haben müssen, ist die an mehreren Stellen aufgestellte Forderung, daß sie benachbart (praedia vicina) sein müssen[222]). Auf diese Forderung führte die Beobachtung, daß ein Servitutenverhältniß zwischen Grundstücken, welche von einander entfernt sind, keinen dauernden Nutzen zu gewähren vermöge[223]). Zur Nachbarschaft ist aber nicht unmittelbares Anliegen beider Grundstücke nothwendig[224]). Das Erforderniß der Nachbarschaft enthält ein doppeltes Moment: aa) die beiden Grundstücke dürfen nicht in einer solchen Entfernung von einander liegen, daß die Ausübung der Servitut voraussichtlich keinen Nutzen zu gewähren vermag[225]) oder die durch die weite Entfernung herbeigeführten Kosten diesen Nutzen vollständig aufheben. Der Maßstab für die hiernach zulässige Entfernung läßt sich nicht absolut bestimmen; es bedarf dazu der sachverständigen Ermittelung aller Umstände im Einzelfalle, wobei hauptsächlich das Urtheil des Verkehres, soweit es sich in der Schätzung des Werthes einer solchen Berechtigung darlegt, maßgebend sein wird. Die Grenzen werden im einzelnen Falle häufig schwer sich finden lassen; im Zweifel ist die Vermuthung dafür, daß die Besteller der Servitut am besten wissen mußten, ob durch die fragliche Berechtigung ein dauernder Vortheil für das herrschende Grundstück erzielt werden könne oder nicht[226]). bb) Beide Grundstücke müssen so zu einander liegen,

---

221) Elvers a. a. O. S. 166—176.

222) L. 5. §. 1. D. 8. 3. L. 6. §. 5. D. 19. 1. L. 14. §. 3. D. 34. 1. L. 17. D. 45. 3.

223) L. 5. D. 8. 5.

224) L. 8. pr. D. 39. 1. In L. 6. pr. D. 8. 4., wo für den Fall, wenn Jemand bei der Veräußerung eines seiner beiden Grundstücke dem einen zu Gunsten des anderen eine Servitut vorbehält, gesagt wird: parvique refert, vicinae sunt ambae aedes, an non, bedeutet vicinus die unmittelbare Nachbarschaft. Es ist dies als keine Singularität der durch Retention bei Veräußerung des dienenden Grundstückes entstandenen Servituten aufzufassen; denn abgesehen davon, daß innere Gründe dafür nicht vorhanden sind, widerlegt sich diese Ansicht noch dadurch, daß jener Zusatz selbst für den Fall von Ulpian gemacht wird, wo für das veräußerte Grundstück eine Servitut an dem dem zeitherigen Eigenthümer verbleibenden Grundstücke bestellt wird.

225) L. 38. 39. D. 8. 2.

226) Nach Schrader, civil. Abhandl. S. 323 flg. kann die Frage, ob zwei Grundstücke in diesem Sinne benachbart seien, nicht blos nach allgemeinen Rechtsansichten beantwortet werden; denn auch da, wo die Ausübung der Servitut an einem viele Meilen entfernten Grundstücke noch vortheilhaft sein könne, sei doch keine Vicinität im römischen Sinne vorhanden. Abgesehen davon, daß die Quellen nirgends einen bestimmten Maßstab für die Beurtheilung der Nachbarschaft angeben oder sie in einem so engen Sinne nehmen, ist seine Behauptung, daß solche Berechtigungen an entfernten Grundstücken der Natur der Sache nach nur Weideservituten sein könnten, welche aber an entfernten Grundstücken bei der so gewöhnlichen Weidegerechtigkeit am ager publicus sich nicht hätten ausbilden können, von Elvers mit Recht als unrichtig bezeichnet worden, weil unter Umständen außer dem Weiderechte auch andere Rechte, wie die Befugniß,

daß die Ausübung nicht durch ein drittes dazwischenliegendes Grundstück gehindert wird. Auf die Länge der Entfernung zwischen beiden Grundstücken kommt dabei nichts an, sondern auf die Beschaffenheit dessen, was dazwischen liegt. Es ist aber hier zwischen positiven und negativen Servituten zu unterscheiden. Bei den negativen Servituten bedarf es zur Ausübung der nur auf ein Verbieten gerichteten Befugniß keiner auf dem dazwischenliegenden Gebiete vorzunehmenden Handlung; es ist daher eine störende Einwirkung auf die Servitut durch das dazwischenliegende Gebiet nur insofern möglich, als es so beschaffen ist, daß dadurch dem herrschenden Grundstücke die Vortheile der Servitut entzogen werden und für den Berechtigten die Vornahme oder Unterlassung der fraglichen Handlungen auf dem belasteten Grundstücke gleichgiltig wird. Die Servitut kann hier, weil sie unnütz sein würde, wegen mangelnder Nachbarschaft nicht bestellt werden. Ist die factische Beschaffenheit des dazwischen liegenden Grundstückes nicht von dieser Art, so wird nicht etwa der nöthigen causa perpetua wegen von Anfang an Garantie gegen Veränderungen auf demselben, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machen, durch eine etwa auch dem dazwischenliegenden Grundstücke aufzuerlegende Servitut verlangt, sondern es genügt, da die causa perpetua für die Servituten nur insofern erfordert wird, als nicht von Anfang an der baldige Untergang gewiß ist, wenn nicht schon zur Zeit der Errichtung der Servitut die Beschaffenheit des dazwischenliegenden Grundstückes eine Unmöglichkeit herbeiführt[227]). Ist eine spätere Veränderung des dazwischenliegenden Grundstückes von der Art, daß die Benutzung der Servitut keinen Vortheil mehr gewährt, so wird die Servitut nur suspendirt, und erlischt erst später durch Nichtgebrauch binnen bestimmter Zeit[228]). Wird durch die Veränderung auf dem dazwischenliegenden Grundstücke die Servitut nur theilweise unnütz, so wird auch die Servitut nur theilweise suspendirt[229]). Bei den positiven Servituten wird die Servitut durch

Steine zu brechen, Holz zu fällen, für ein meilenweit von dem dienenden Boden entferntes Grundstück sehr bedeutend sein können, und für die Weideservitut bei den Römern die Bestimmung, daß der Inhaber einer solchen Servitut auf dem dienenden Grundstücke, wenn solches bei Begründung der Servitut bestimmt worden ist, eine Hütte haben kann, um sich bei Einbruch des Winters dahin zurückzuziehen, (L. 6. D. 8. 3.) auf die Möglichkeit und Zulässigkeit der Weideservitut an nicht gerade in der nächsten Nachbarschaft liegenden Grundstücken hinweist. Jedenfalls ist für unsere so häufig vorkommenden Weiderechte unmittelbare Nachbarschaft des herrschenden und dienenden Grundstückes kein Erforderniß.

227) L. 5. D. 8. 5.

228) L. 6. pr. D. 8. 5. L. 13. D. 8. 6.

229) Z. B. wenn einem entfernter liegenden Grundstücke die servitus ne prospectui officiatur aufliegt, und der Zwischenlieger ein Gebäude von mäßiger Höhe errichtet, so darf der Servitutberechtigte, so lange dieses Gebäude des Zwischenliegers vorhanden ist, das Bauen auf dem dienenden Grundstücke nicht verbieten, wenn dadurch die Aussicht, welche der Zwischenbau noch übrig läßt, nicht beengt wird.

Wasser war wirklich beständig, so lange er Eigenthümer des Grundstückes blieb, sein Eigenthum, nur dieses konnte er übertragen; an dem fallenden Regenwasser hatte er nicht mehr Recht als jeder Andere, welcher dasselbe auf seinem Grundstücke auffing, und er gelangte dazu auch nur erst infolge einer erst anzubringenden Vorrichtung, wodurch das Regenwasser gesammelt werden konnte. Wir finden also den Grund der Eigenthümlichkeiten der Wassergerechtigkeiten darin, daß in der ältesten Zeit nur Wasser aus einer auf dem dienenden Grundstücke befindlichen Quelle Gegenstand der Vindication und Mancipation sein konnte. Daß nur an solchem Wasser ursprünglich eine servitus aquaeductus oder aquae haustus bestellt werden konnte, sagt Paulus ausdrücklich[218]: Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest; und wenn er gleich darauf hinzufügt: hodie tamen ex quocunque loco constitui potest, so geht daraus hervor, daß die hierin angedeutete Zulässigkeit dieser Servituten an einem jeden Theile eines Baches erst der Entwickelung einer späteren Zeit angehört, über welche man jedoch zu seiner Zeit allgemein einverstanden war. Derselbe Grund ist unseres Erachtens die Veranlassung des Satzes, daß eine Servitut nicht constituirt werden konnte, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat, daß man erst nach Wasser auf dem dienenden Grundstücke suchen und, wenn man solches gefunden habe, dasselbe ableiten dürfe. Denn daß dieser Satz der ältesten Zeit angehöre, geht daraus hervor, daß erst Labeo eine eigene Servitut dieses Inhaltes zulassen wollte, aber keine eigentliche servitus aquaeductus hier annahm, während Paulus weniger streng die letztere hier annahm[219]. Auch dieser Satz der ältesten Zeit läßt sich hinreichend daraus erklären, daß ursprünglich nur Wasser aus einer auf dem dienenden Grundstücke befindlichen Quelle Gegenstand der Mancipation u. s. w. sein konnte. Bei den städtischen Servituten war man schon vor Labeo dazu gelangt, deren Errichtung zuzulassen, schon ehe alle Voraussetzungen zur Ausübung vorhanden waren[220], was wohl wieder mit der für diese Art der Servituten eigenthümlichen Begründung durch in iure cessio zusammenhing, welche hinsichtlich dieser lediglich durch Erklärungen der Betheiligten vor dem Magistrate bewirkt werden konnte, indem ein Symbol, einen Repräsentanten der zu cedirenden Servitut, aufzufinden kaum möglich war. Daß die strengen Forderungen, welche hinsichtlich der perpetua causa bei den Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten im römischen Rechte gestellt werden, eine Eigenthümlichkeit derselben sind, ergiebt sich daraus, daß bei einigen ebenfalls auf Wasserbezug gerichteten, aber erst später entstandenen städtischen Servituten, der servitus stillicidii oder fluminis non avertendi dieses Erforderniß der

---

218) L. 9. D. 8. 3.
219) L. 10. D. 8. 3.
220) L. 10. D. 8. 3.

viva aqua nicht erwähnt wird. Während durch keine Realservitut die Befugniß gewährt werden konnte, aus einer auf fremdem Grund und Boden gelegenen und durch Regenwasser gefüllten Cisterne Wasser abzuleiten, war dagegen es zulässig, vermöge einer Realservitut das auf fremden Boden gefallene Wasser sofort, wie es gefallen war, auf sein Grundstück abzuleiten, ohne daß hier geltend gemacht wurde, daß dieses Ableitungsrecht nur zeitweilig und nur zufällig, wenn Regen gefallen war, ausgeübt werden konnte. Der verschiedene Bildungsgang, welchen die letzteren Servituten genommen haben, welche zugelassen wurden, nachdem man die servitus stillicidii und fluminis zugelassen hatte, welche dem dienenden Grundstücke die Last der Aufnahme des Wassers vom fremden Dache auferlegte, und man sah, daß neben der Last daraus auch häufig ein Vortheil für den Empfänger des Wassers entstehen konnte, ist unseres Erachtens hauptsächlich daraus zu erklären, daß die servitus aquae ducendae und aquae hauriendae von Anfang an bei den Römern in Verbindung mit der Landwirthschaft gestanden hat und durch deren Bedürfnisse veranlaßt worden ist, während die servitus stillicidii oder fluminis non avertendi von Anfang an zu den städtischen Servituten gehört. Der Wasserbedarf ist aber bei der Landwirthschaft noch weit umfangreicher als bei den Wirthschaften in der Stadt, und dies wird wohl auch den Römern nicht entgangen sein und eben dazu geführt haben, daß man auf dem Lande zur Befriedigung des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes an Wasser Bestellung der servitus aquae ducendae und aquae hauriendae an aqua viva für nothwendig erachtete, während in der Stadt wegen des geringeren Wasserbedarfes der einzelnen Wirthschaften, zu dessen Befriedigung schon das Recht, das vom fremden Dache herabfallende Regenwasser aufzunehmen, wenn auch nicht ausreichte, doch wenigstens wesentlich beitrug. Daß überhaupt in Rom das Wasser nicht überflüssig in der ältesten Zeit zu haben war, beweist die Menge der erst in der letzten Zeit des Freistaates entstandenen öffentlichen Wasserleitungen, deren Zweck doch nur darauf ging, dem Wassermangel abzuhelfen. Eine andere Frage ist es, ob die im römischen Rechte begründeten gedachten Eigenthümlichkeiten der servitus aquae ducendae und aquae hauriendae noch heutzutage festgehalten werden müssen. Dies ist unserer Ansicht entschieden zu verneinen, einmal weil dieselben auf den römischen Arten der Begründung der ländlichen Servituten durch Mancipation beruhen, dann weil die Römer bei städtischen Servituten, welche ebenfalls auf eine Wasserleitungsgerechtigkeit hinauslaufen, diese Eigenthümlichkeiten selbst nicht festgehalten haben, und umsoweniger wir daran gebunden sein können. Daher stellen wir für das heutige Recht als Resultat auf, daß die Servitut der Wasserleitung sowohl als der Wasserschöpfung aus einem Teiche, welcher ohne äußeren Zufluß sich blos durch Regenwasser füllt und erhält, giltig bestellt werden kann. d) **Erforderniß der Nachbarschaft zwischen dem herrschenden und dienen-**

den Grundstücke (praedia esse debent vicina)[221]). Hinsichtlich der Lage, welche das herrschende und das dienende Grundstück zu einander haben müssen, ist die an mehreren Stellen aufgestellte Forderung, daß sie benachbart (praedia vicina) sein müssen[222]). Auf diese Forderung führte die Beobachtung, daß ein Servitutenverhältniß zwischen Grundstücken, welche von einander entfernt sind, keinen dauernden Nutzen zu gewähren vermöge[223]). Zur Nachbarschaft ist aber nicht unmittelbares Anliegen beider Grundstücke nothwendig[224]). Das Erforderniß der Nachbarschaft enthält ein doppeltes Moment: aa) die beiden Grundstücke dürfen nicht in einer solchen Entfernung von einander liegen, daß die Ausübung der Servitut voraussichtlich keinen Nutzen zu gewähren vermag[225]) oder die durch die weite Entfernung herbeigeführten Kosten diesen Nutzen vollständig aufheben. Der Maßstab für die hiernach zulässige Entfernung läßt sich nicht absolut bestimmen; es bedarf dazu der sachverständigen Ermittelung aller Umstände im Einzelfalle, wobei hauptsächlich das Urtheil des Verkehrs, soweit es sich in der Schätzung des Werthes einer solchen Berechtigung darlegt, maßgebend sein wird. Die Grenzen werden im einzelnen Falle häufig schwer sich finden lassen; im Zweifel ist die Vermuthung dafür, daß die Besteller der Servitut am besten wissen mußten, ob durch die fragliche Berechtigung ein dauernder Vortheil für das herrschende Grundstück erzielt werden könne oder nicht[226]). bb) Beide Grundstücke müssen so zu einander liegen,

---

221) Elvers a. a. O. S. 166—176.

222) L. 5. §. 1. D. 8. 3. L. 6. §. 5. D. 19. 1. L. 14. §. 3. D. 34. 1. L. 17. D. 45. 3.

223) L. 5. D. 8. 5.

224) L. 8. pr. D. 39. 1. In L. 6. pr. D. 8. 4., wo für den Fall, wenn Jemand bei der Veräußerung eines seiner beiden Grundstücke dem einen zu Gunsten des anderen eine Servitut vorbehält, gesagt wird: parvique refert, vicinae sunt ambae aedes, an non, bedeutet vicinus die unmittelbare Nachbarschaft. Es ist dies als keine Singularität der durch Retention bei Veräußerung des dienenden Grundstückes entstandenen Servituten aufzufassen; denn abgesehen davon, daß innere Gründe dafür nicht vorhanden sind, widerlegt sich diese Ansicht noch dadurch, daß jener Zusatz selbst für den Fall von Ulpian gemacht wird, wo für das veräußerte Grundstück eine Servitut an dem dem zeitherigen Eigenthümer verbleibenden Grundstücke bestellt wird.

225) L. 38. 39. D. 8. 2.

226) Nach Schrader, civil. Abhandl. S. 323 flg. kann die Frage, ob zwei Grundstücke in diesem Sinne benachbart seien, nicht blos nach allgemeinen Rechtsansichten beantwortet werden; denn auch da, wo die Ausübung der Servitut an einem viele Meilen entfernten Grundstücke noch vortheilhaft sein könne, sei doch keine Vicinität im römischen Sinne vorhanden. Abgesehen davon, daß die Quellen nirgends einen bestimmten Maßstab für die Beurtheilung der Nachbarschaft angeben oder sie in einem so engen Sinne nehmen, ist seine Behauptung, daß solche Berechtigungen an entfernten Grundstücken der Natur der Sache nach nur Weideservituten sein könnten, welche aber an entfernten Grundstücken bei der so gewöhnlichen Weidegerechtigkeit am ager publicus sich nicht hätten ausbilden können, von Elvers mit Recht als unrichtig bezeichnet worden, weil unter Umständen außer dem Weiderechte auch andere Rechte, wie die Befugniß,

daß die Ausübung nicht durch ein drittes dazwischenliegendes Grundstück gehindert wird. Auf die Länge der Entfernung zwischen beiden Grundstücken kommt dabei nichts an, sondern auf die Beschaffenheit dessen, was dazwischen liegt. Es ist aber hier zwischen positiven und negativen Servituten zu unterscheiden. Bei den negativen Servituten bedarf es zur Ausübung der nur auf ein Verbieten gerichteten Befugniß keiner auf dem dazwischenliegenden Gebiete vorzunehmenden Handlung; es ist daher eine störende Einwirkung auf die Servitut durch das dazwischenliegende Gebiet nur insofern möglich, als es so beschaffen ist, daß dadurch dem herrschenden Grundstücke die Vortheile der Servitut entzogen werden und für den Berechtigten die Vornahme oder Unterlassung der fraglichen Handlungen auf dem belasteten Grundstücke gleichgiltig wird. Die Servitut kann hier, weil sie unnütz sein würde, wegen mangelnder Nachbarschaft nicht bestellt werden. Ist die factische Beschaffenheit des dazwischen liegenden Grundstückes nicht von dieser Art, so wird nicht etwa der nöthigen causa perpetua wegen von Anfang an Garantie gegen Veränderungen auf demselben, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machen, durch eine etwa auch dem dazwischenliegenden Grundstücke aufzuerlegende Servitut verlangt, sondern es genügt, da die causa perpetua für die Servituten nur insofern erfordert wird, als nicht von Anfang an der baldige Untergang gewiß ist, wenn nicht schon zur Zeit der Errichtung der Servitut die Beschaffenheit des dazwischenliegenden Grundstückes eine Unmöglichkeit herbeiführt [227]. Ist eine spätere Veränderung des dazwischenliegenden Grundstückes von der Art, daß die Benutzung der Servitut keinen Vortheil mehr gewährt, so wird die Servitut nur suspendirt, und erlischt erst später durch Nichtgebrauch binnen bestimmter Zeit [228]. Wird durch die Veränderung auf dem dazwischenliegenden Grundstücke die Servitut nur theilweise unnütz, so wird auch die Servitut nur theilweise suspendirt [229]. Bei den positiven Servituten wird die Servitut durch

---

Steine zu brechen, Holz zu fällen, für ein meilenweit von dem dienenden Boden entferntes Grundstück sehr bedeutend sein können, und für die Weideservitut bei den Römern die Bestimmung, daß der Inhaber einer solchen Servitut auf dem dienenden Grundstücke, wenn solches bei Begründung der Servitut bestimmt worden ist, eine Hütte haben kann, um sich bei Einbruch des Winters dahin zurückzuziehen, (L. 6. D. 8. 3.) auf die Möglichkeit und Zulässigkeit der Weideservitut an nicht gerade in der nächsten Nachbarschaft liegenden Grundstücken hinweist. Jedenfalls ist für unsere so häufig vorkommenden Weiderechte unmittelbare Nachbarschaft des herrschenden und dienenden Grundstückes kein Erforderniß.

227) L. 5. D. 8. 5.

228) L. 6. pr. D. 8. 5. L. 13. D. 8. 6.

229) Z. B. wenn einem entfernter liegenden Grundstücke die servitus ne prospectui officiatur aufliegt, und der Zwischenlieger ein Gebäude von mäßiger Höhe errichtet, so darf der Servitutberechtigte, so lange dieses Gebäude des Zwischenliegers vorhanden ist, das Bauen auf dem dienenden Grundstücke nicht verbieten, wenn dadurch die Aussicht, welche der Zwischenbau noch übrig läßt, nicht beengt wird.

Vornahme einer Handlung auf dem dienenden Grundstücke ausgeübt; dazu ist nothwendig, daß man sich selbst dorthin begiebt oder die entsprechenden Vorrichtungen dort inne hat, und beides ist nur denkbar, wenn man auch auf dem dazwischenliegenden Grundstücke die entsprechende Handlung vornehmen oder die behufige Vorrichtung dort haben kann, und zwar nicht blos einmal, sondern für immer und mit Recht. Diese Möglichkeit ist nur vorhanden: α) wenn der zwischenliegende Ort öffentlich und zum allgemeinen Gebrauche bestimmt ist in der Art, daß Jeder die fragliche Handlung darauf vornehmen kann[230]). Wenn dagegen die fragliche Handlung dort unzulässig ist, weil sie den allgemeinen Gebrauch stört, so hindert der dazwischenliegende Ort die Servitut[231]); ist aber die obrigkeitliche Erlaubniß zur Vornahme dieser sonst verbotenen Handlung erlangt, so hindert er die Servitut nicht[232]). War der dazwischenliegende Ort divini iuris, so war die Bestellung einer Servitut, deren Ausübung nur über denselben möglich war, unzulässig[233]). Die vorher gedachte Möglichkeit ist β) vorhanden, wenn der zwischenliegende Ort Eigenthum des Berechtigten ist, wo ihn sein Eigenthum zur Vornahme der zur Ausübung der Servitut nöthigen Handlungen auf demselben berechtigt[234]). Durch Veräußerung des zwischenliegenden Stückes ohne Auferlegung einer Servitut wird die Ausübung der alten Servitut unmöglich; sie wird suspendirt und kommt erst dann wieder zur Wirksamkeit, wenn vor Ablauf der Verjährungszeit das zwischenliegende Grundstück vom Berechtigten zurückerworben[235]) oder ihm eine entsprechende Servitut auferlegt wird[236]). γ) Eine Servitut an einem entfernteren Grundstücke ist endlich da möglich, wo Servituten an den dazwischenliegenden Grundstücken zur Vornahme der entsprechenden Handlungen berechtigen[237]). Ist dies dem Berechtigten blos für seine Person oder nur für einen bestimmten Zeitraum gestattet, so ist die Servitut wegen mangelnder perpetua causa unzulässig; ist aber dem Berechtigten die Vornahme der Handlungen auf dem zwischenliegenden Grundstücke allgemein bis auf Widerruf gestattet worden, so entscheidet die Analogie der negativen Servituten für die Zulässigkeit einer solchen Servitut. Auch spricht dafür, daß bei einer Theilung des herrschenden Grundstückes es für die, welche entferntere Theile desselben bekommen, zur Ausübung der auf ihren Theil fallenden Servitut genügt, wenn der Uebergang von denen, auf welche die dazwischenliegenden Theile gefallen sind, geduldet wird, und es nicht gerade eines

---

230) L. 1. pr. D. 8. 2. L. 14. §. 2. D. 8. 1. L. 17. §. 2. D. 39. 3.
231) L. 1. pr. D. 8. 2.
232) L. 14. §. 2. D. 8. 1.
233) L. 14. §. 1. D. 8. 1. L. 17. §. 3. D. 39. 3.
234) L. 17. §. 3. D. 39. 3. L. 7. §. 1. D. 8. 4.
235) L. 13. D. 8. 6.
236) L. 7. §. 1. D. 8. 4.
237) L. 7. §. 1. L. 23. §. 3. D. 8. 3. L. 17. §. 4. D. 39. 3.

Uebergangsrechtes bedarf[238]). Die Ausübung einer Servitut an einem entfernteren Grundstücke kann auch deshalb unmöglich sein, weil factische Gründe die nöthige Benutzung der dazwischenliegenden Sache ausschließen. Hiernach sollte man glauben, daß die Frage, ob die Ausübung durch die thatsächliche Beschaffenheit der dazwischenliegenden Strecke nicht gehindert werde, ganz mit der dieselbe sei, ob die Ausübung physisch möglich sei. Allein an zwei Stellen wird von Paulus eine Servitut schon deshalb für unzulässig erklärt, weil die Beschaffenheit der zwischenliegenden Strecke die Ausübung erschwert, aber keineswegs unmöglich macht. In der einen[239]) erklärt er die Bestellung von Wegegerechtigkeiten an einem jenseits eines öffentlichen Flusses gelegenen Grundstücke für zulässig, wenn nicht die Größe des Flusses am Uebergange hindert; wenn aber der Fluß an Furten durchwatet werden kann, so wird die Servitut nicht unterbrochen. Darin liegt, daß die Servitut nicht bestellt werden kann, wenn man nur mit einem Schiffe über den Fluß gelangen kann. In der anderen Stelle[240]) sagt er dies bestimmt; nach dieser Stelle ist nämlich, wenn der zwischen zwei Grundstücken fließende Fluß durchwatet werden kann oder eine Brücke hat, die Bestellung einer Wegeservitut zu Gunsten des einen an dem anderen möglich; nicht aber, wenn man nur mit einer Fähre über denselben kommen kann. Der Grund für diese Bestimmung, daß die Wegeservitut selbst dann ausgeschlossen ist, wenn man zu Schiffe über das Wasser kommen kann, scheint ein lediglich historischer zu sein[241]). ε) Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Realservituten[242]). Nach dem strengen Civilrechte kann eine Realservitut nicht so bestellt werden, daß sie erst von einem bestimmten künftigen Zeitpunkte oder von dem Eintritte einer Bedingung an bestehen soll, und ebensowenig werden sie nach dem strengen Civilrechte durch den Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder einer Bedingung aufgehoben; doch wurde eine pacti oder doli exceptio gegen den, welcher sich gegen die darauf bezüglichen Verabredungen die Servitut beilegte und sie klagend verfolgte, verstattet[243]). Diese Bestimmungen des strengen Civilrechtes fallen umsomehr auf, als mancherlei Verhältnisse existiren, wo Servituten giltig bestellt werden, obgleich sie erst nach Eintritt eines Termines oder einer Bedingung ausgeübt werden können, also der Wirkung nach unter solchen bestellt erscheinen[244]). Es sind aber Bedingungen, welche durch die Natur der Sache gegeben sind.

238) L. 23. §. 3. D. 8. 3.
239) L. 17. §. 2. 3. D. 39. 3.
240) L. 38. D. 8. 3.
241) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 173—176, der auch die anderen Erklärungsversuche beurtheilt.
242) Elvers a. a. O. S. 176—184.
243) L. 4. D. 8. 1. von Papinian.
244) Beispiele sind in L. 7. §. 1. D. 8. 4. L. 23. §. 1. D. 8. 2. L. 10. D. 8. 3.

Die Unabhängigkeit der Realservituten von den durch die Constituenten zugefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen scheint weniger aus dem Wesen der Realservitut hervorzugehen, als vielmehr ein Erzeugniß der Wissenschaft zu sein[245]). Der Prätor hat sich an jene Bestimmungen des strengen Civilrechtes nicht gebunden und die Beifügung von Zeitbestimmungen oder Bedingungen bei Realservituten dadurch wirksam gemacht, daß er, wie schon bemerkt, daraus eine pacti oder doli exceptio gab. Für das heutige Recht ist demnach jener Satz des strengen Civilrechtes als nicht mehr anwendbar zu betrachten, da ihn schon das prätorische Recht neutralisirt hatte, und demnach muß heutzutage die Beifügung von Zeitbestimmungen oder Bedingungen bei Errichtung einer Realservitut für giltig erachtet werden. Die Frage, ob eine Realservitut so begründet werden könne, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Vergeltung an den Eigenthümer der dienenden Sache von Seiten des Berechtigten geschehen könne, ist nach römischem Rechte zu verneinen[246]), weil das Innehaben einer Sache zur Vornahme

---

245) Die verschiedenen Erklärungsversuche hat zusammengestellt Schrader, civil. Abhandl. S. 326. Elvers a. a. O. S. 179 flg. verwirft die Erklärung aus den früher allein möglichen Formen der Errichtung der Servituten, worin wir ihm beipflichten, und findet einen Schlüssel zur Erklärung in den sog. actus legitimi, welche nicht von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden dürfen, nämlich: emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, tutoris datio. L. 77. D. 50. 17. Denn auch von den Realservituten habe man, wie bei jenen Acten, nach römischer Auffassung sagen können: naturam imitantur, da sie bestimmt gewesen seien, die Surrogate für die einem Grundstücke fehlenden natürlichen Eigenschaften zu bilden. Bei diesem Erklärungsversuche ist der Scharfsinn nicht zu verkennen; es wird aber dadurch nicht erklärt, warum jene sog. actus legitimi durch Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung ganz ungiltig wurden, Realservituten aber nicht, sondern trotz der Beifügung solcher Bestimmungen nach dem strengen Civilrechte als unbetagt und unbedingt galten. Der Unterschied lag aber in der Verschiedenheit der Verhältnisse selbst, denen ein dies oder conditio beigefügt wurde. Eine Emancipation, Acceptilation, ein Erbschaftsantritt, denen eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt wurde, konnten nicht als verpflichtende Willenserklärungen angesehen werden; derjenige, von welchem diese Handlungen ausgingen, gab durch Beifügung solcher Modalitäten zu erkennen, daß es ihm an dem ernstlichen Willen sich zu verpflichten fehle, indem er die Verbindlichkeit seiner Erklärung noch von Zeitbestimmungen oder Bedingungen abhängig machte, und darum wurde die ganze Handlung, durch welche ein dauerndes Verhältniß begründet werden sollte, als ungiltig angesehen. Dagegen ist bei Realservituten der Zweck der Bestellung derselben der fortdauernde und immerwährende Vortheil des herrschenden Grundstückes. Weil es also dabei lediglich auf einen dauernden Vortheil des Grundstückes abgesehen war, so mußte die Erklärung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes, wodurch er, nachdem er sich einmal entschlossen hatte, von der Freiheit seines Eigenthums zum dauernden Vortheile des herrschenden Grundstückes etwas aufzuopfern, dieser Aufopferung, d. h. der Bestellung der Servitut, noch Zeitbestimmungen oder Bedingungen beifügte, als eine mit diesem Entschlusse und der ihn bekundenden Willenserklärung nicht im Einklange stehende, derselben widersprechende und darum als nicht hinzugefügt anzusehende betrachtet werden.

246) Aus der von Luden, Lehre von den Servituten S. 25, angeführten

Usufructus nur ein
ischen Juristen, wenn
nur an das vollständige
che Berechtigungen zur
B. bei dem Satze, daß
n befindet, bei der Vin-
ne Früchte herauszugeben
im Auge haben, wenn sie
dienenden Sache zusprechen
s reden. Deshalb werden
n Gegenstand einer blos der
in anderen Stellen auch als
daß sie unter den Begriff des
). Diese Arten der Personal-
te nicht vollständig ausgebildet;
ituenten zufällig entstanden und
der entsprechenden Realservitut,
werden. Daß ein fructus sine usu
ellt wird [258]), steht dem nicht ent-
so ganz blos durch den Willen der
den können; man kann daraus nicht
s bestimmte Attribute immer bleiben
de einzelne Befugniß an einer Sache
gebracht werden könne. Der Grund
uctus deducto usu für unzulässig erklärt
eine derartige Bildung nicht zu den im
n gehöre, sondern darin, daß ein Recht
brauchshandlung an der Sache untersagt
werden könnte, daß der Eigenthümer der
Früchte zöge und erntete und dann dem
was dem Grundsatze: servitus in faciendo
echen würde. b) Beschränkungen der
[259]). Die Personalservituten sind, wie alle
ndsatz beschränkt, daß nur die Rechte Schutz
te ein juristisches Interesse hat [260]); sie
haber ist, persönlich Vortheil gewähren
Veräußerung gegen Vergeltung sein.
sofort Nutzen zu gewähren; nur muß

3. L. 14. D. 34. 1.

9—192.

Die Unabhängigkeit der Realservituten von den durch die Constituenten zugefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen scheint weniger aus dem Wesen der Realservitut hervorzugehen, als vielmehr ein Erzeugniß der Wissenschaft zu sein[245]. Der Prätor hat sich an jene Bestimmungen des strengen Civilrechtes nicht gebunden und die Beifügung von Zeitbestimmungen oder Bedingungen bei Realservituten dadurch wirksam gemacht, daß er, wie schon bemerkt, daraus eine pacti oder doli exceptio gab. Für das heutige Recht ist demnach jener Satz des strengen Civilrechtes als nicht mehr anwendbar zu betrachten, da ihn schon das prätorische Recht neutralisirt hatte, und demnach muß heutzutage die Beifügung von Zeitbestimmungen oder Bedingungen bei Errichtung einer Realservitut für giltig erachtet werden. Die Frage, ob eine Realservitut so begründet werden könne, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Vergeltung an den Eigenthümer der dienenden Sache von Seiten des Berechtigten geschehen könne, ist nach römischem Rechte zu verneinen[246], weil das Innehaben einer Sache zur Vornahme

---

245) Die verschiedenen Erklärungsversuche hat zusammengestellt Schrader, civil. Abhandl. S. 326. Elvers a. a. O. S. 179 flg. verwirft die Erklärung aus den früher allein möglichen Formen der Errichtung der Servituten, worin wir ihm beipflichten, und findet einen Schlüssel zur Erklärung in den sog. actus legitimi, welche nicht von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden dürfen, nämlich: emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, tutoris datio. L. 77. D. 50. 17. Denn auch von den Realservituten habe man, wie bei jenen Acten, nach römischer Auffassung sagen können: naturam imitantur, da sie bestimmt gewesen seien, die Surrogate für die einem Grundstücke fehlenden natürlichen Eigenschaften zu bilden. Bei diesem Erklärungsversuche ist der Scharfsinn nicht zu verkennen; es wird aber dadurch nicht erklärt, warum jene sog. actus legitimi durch Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung ganz ungiltig wurden, Realservituten aber nicht, sondern trotz der Beifügung solcher Bestimmungen nach dem strengen Civilrechte als unbetagt und unbedingt galten. Der Unterschied lag aber in der Verschiedenheit der Verhältnisse selbst, denen ein dies oder conditio beigefügt wurde. Eine Emancipation, Acceptilation, ein Erbschaftsantritt, denen eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt wurde, konnten nicht als verpflichtende Willenserklärungen angesehen werden; derjenige, von welchem diese Handlungen ausgingen, gab durch Beifügung solcher Modalitäten zu erkennen, daß es ihm an dem ernstlichen Willen sich zu verpflichten fehle, indem er die Verbindlichkeit seiner Erklärung noch von Zeitbestimmungen oder Bedingungen abhängig machte, und darum wurde die ganze Handlung, durch welche ein dauerndes Verhältniß begründet werden sollte, als ungiltig angesehen. Dagegen ist bei Realservituten der Zweck der Bestellung derselben der fortdauernde und immerwährende Vortheil des herrschenden Grundstückes. Weil es also dabei lediglich auf einen dauernden Vortheil des Grundstückes abgesehen war, so mußte die Erklärung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes, wodurch er, nachdem er sich einmal entschlossen hatte, von der Freiheit seines Eigenthums zum dauernden Vortheile des herrschenden Grundstückes etwas aufzuopfern, dieser Aufopferung, d. h. der Bestellung der Servitut, noch Zeitbestimmungen oder Bedingungen beifügte, als eine mit diesem Entschlusse und der ihn bekundenden Willenserklärung nicht im Einklange stehende, derselben widersprechende und darum als nicht hinzugefügt anzusehende betrachtet werden.

246) Aus der von Luden, Lehre von den Servituten S. 25, angeführten

positiver Handlungen zum Vortheile Anderer nicht verpflichten kann. Davon machen allein die öffentlichen Lasten eine Ausnahme, und so finden sich auch Spuren, daß derjenige, welcher zu einer res publica in einem servitutähnlichen Verhältnisse stand, bisweilen dafür eine Abgabe entrichten mußte, die freilich auch blos dazu gegeben worden sein kann, um die nöthige gemeinsame Vorrichtung zu erhalten [247]). Obwohl es auch nach teutschem Rechte streitig ist, inwiefern durch Vertrag oder letzten Willen eine privatrechtliche Reallast auf einem Grundstücke begründet werden könne, so folgen wir doch aus Gründen, welche anderwärts ausführlicher erörtert worden sind [248]), der Ansicht, welche dies für zulässig hält. Ohne Zweifel konnte schon nach römischem Rechte der Realservitut eine Resolutivbedingung in der Art beigefügt werden, daß, wenn der Berechtigte einmal an einem der wiederkehrenden Termine die bestimmte Leistung nicht entrichte, die Servitut erlöschen solle, so daß dadurch eine fortdauernde Vergeltung für die Ausübung der Servitut indirect entsteht; es kann aber diese Resolutivbedingung nur ope exceptionis geltend gemacht, nicht selbstständig auf die Leistung geklagt werden. Ebenso konnte der Berechtigte für die Ausübung einer Realservitut dem Eigenthümer der dienenden Sache eine andere Servitut an der herrschenden Sache bestellen, und beiden konnte die Resolutivbedingung beigefügt sein, daß sie erlöschen sollen, wenn die andere erlischt; in diesem Falle scheint zwar die Ausübung der einen Servitut die Vergeltung für die Remuneration der anderen zu sein; streng genommen ist aber die eine Servitut der Kaufpreis der anderen; die einmal bestellten Servituten werden unabhängig von einander geübt; es kann keiner dem Anderen die Ausübung versagen, weil ihm selbst solche noch nicht gestattet sei; erst wenn die eine erloschen ist, erlischt auch die andere ope exceptionis.

2) Personalservituten. a) Arten derselben [249]). In den Quellen werden vorzugsweise vier Personalservituten behandelt: der Ususfructus, der Usus, die habitatio und die operae servorum. Die Frage, ob diese vier Servituten die einzig möglichen derartigen Bildungen sind, ist schwierig zu beantworten und zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden [250]). In der römischen Rechtswissenschaft scheint die Frage selbst nicht völlig durchgebildet worden zu sein; auch haben wohl die Quellen manche Lücke. Die über den Inhalt des

---

L. 44. D. 19. 2.: Locare servitutem nemo potest, folgt nicht, daß die unentgeltliche Ausübung immer wesentliches Erforderniß jeder Servitut sei, indem diese Stelle nur von der Vermuthung einer bereits bestellten Servitut durch den Berechtigten handelt und diese für unzulässig erklärt.

247) L. 27. §. 3. D. 7. 1. L. 41. D. 19. 1.

248) Vgl. den Art. Reallasten.

249) Elvers a. a. O. S. 184—189.

250) S. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten von Zachariä von Lingenthal, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXVII, S. 1—56.

Nießbrauches im römischen Rechte vorhandenen ausführlichen Regeln treten nur dann ein, wenn von Seiten der Constituenten nichts anderes bestimmt ist[251]). Durch die Constituenten konnten nicht allein Bestimmungen über die Dauer, hinzuzufügende Bedingungen u. s. w., sondern auch über den Umfang des Nießbrauches getroffen werden, so daß der Begriff des Nießbrauches, so bestimmt er auch in Ermangelung abweichender Bestimmungen der Constituenten festgestellt war, doch sehr dehnbar und mannigfaltig wurde. Sowie einzelne regelmäßig im Nießbrauche enthaltene Befugnisse dem Usufructuar in einem besonderen Falle entzogen sein konnten, so mußten ihm auch mehrere, ja alle außer einer entzogen werden können, und so mußte consequenter Weise endlich das Recht zur Vornahme einer einzelnen bestimmten Handlung, ja selbst eine negative Befugniß den Inhalt des Nießbrauches bilden können. Dasselbe galt für den Usus, der sich ebenfalls auf viele Verhältnisse anwenden läßt und viele Modificationen zuläßt. Hingegen die operae servorum und die erst später selbstständig gewordene habitatio ließen nicht blos wegen ihrer eng begrenzten Anwendbarkeit, sondern auch wegen der ihnen eigenthümlichen Bedingungen und Folgen vom Anfang an kaum eine Ausdehnung zu. Dazu kam, daß im römischen Rechte die Personalservituten viel weniger begünstigt wurden als die Realservituten, daß sie vielmehr immer mehr oder weniger als ein Erzeugniß der Willkür und als etwas Ueberflüssiges galten; daher auch der Versuch in den Quellen, alle Personalservituten unter die Begriffe des Usufructus und Usus zu bringen. Obwohl nun ursprünglich und regelmäßig im Nießbrauche das vollständige Gebrauchsrecht an einer Sache und der volle Bezug der Früchte einer Sache liegt, so wird dagegen das Recht, Töpferthon auf einem Grundstücke zu graben, wenn solches zum Vortheile eines anderen Grundstückes ausgeübt wird, als Realservitut, wenn das Recht unabhängig davon, etwa behufs des Verkaufes der gefertigten Töpfe, benutzt werden kann, als Usufructus betrachtet[252]). Ebenso wird, während der Usus regelmäßig den vollen Gebrauch und daneben auch Bezug der Früchte zur unmittelbaren Benutzung gewährt, eine persönliche Wassergerechtigkeit als usus aquae bezeichnet[253]), und eine legirte persönliche Durchgangsgerechtigkeit als usus transeundi dem legatum servitutis plenum entgegengesetzt[254]). Ebenso wird sich zur Begründung der Regel, daß man bei dem Verkaufe eines Gutes sich für seine Person ein Weiderecht daran vorbehalten könne, darauf berufen, daß manche Grundstücke als Fruchtertrag nur die Beweidung gewähr=

---

251) Dies wird ausdrücklich anerkannt in L. 15. §. 6. D. 7. 1. in den Worten: Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.

252) L. 6. pr. D. 8. 3.

253) L. 37. D. 8. 3.

254) L. 6. D. 33. 3.

ten[255]), und mithin in einem solchen Falle der Ususfructus nur ein Weiderecht enthalte. Allerdings denken die römischen Juristen, wenn sie allgemein vom Ususfructus reden, meistens nur an das vollständige Nutzungs- und Gebrauchsrecht, nicht an solche Berechtigungen zur Vornahme einzelner bestimmter Handlungen, z. B. bei dem Satze, daß da, wo der Ususfructus sich in fremden Händen befindet, bei der Vindication der nuda proprietas der Beklagte keine Früchte herauszugeben habe[256]), sowie sie denselben weiteren Sinn im Auge haben, wenn sie dem Usufructuar den natürlichen Besitz der dienenden Sache zusprechen oder von der Theilbarkeit des Nießbrauches reden. Deshalb werden einzelne Eigenthumsbefugnisse, welche den Gegenstand einer blos der Person zustehenden Berechtigung bilden, in anderen Stellen auch als eigene Personalservituten bezeichnet, ohne daß sie unter den Begriff des Ususfructus oder Usus gestellt werden[257]). Diese Arten der Personalservituten sind aber im römischen Rechte nicht vollständig ausgebildet; sie sind nur durch den Willen der Constituenten zufällig entstanden und dieser Wille kann nur aus der Analogie der entsprechenden Realservitut, des Ususfructus und Usus ausgelegt werden. Daß ein fructus sine usu als unmöglich in den Quellen hingestellt wird[258]), steht dem nicht entgegen, daß neue Personalservituten so ganz blos durch den Willen der Constituenten hätten begründet werden können; man kann daraus nicht ableiten, daß selbst dem Usufructus bestimmte Attribute immer bleiben müßten, und daß daher nicht jede einzelne Befugniß an einer Sache unter den Begriff des Usufructus gebracht werden könne. Der Grund nämlich, warum ein Legat des fructus deducto usu für unzulässig erklärt wird, liegt nicht etwa darin, daß eine derartige Bildung nicht zu den im Rechte anerkannten Servituten gehöre, sondern darin, daß ein Recht auf Fruchtbezug, wo jede Gebrauchshandlung an der Sache untersagt ist, nur dadurch ausgeübt werden könnte, daß der Eigenthümer der dienenden Sache selbst die Früchte zöge und erntete und dann dem Berechtigten hinausgäbe, was dem Grundsatze: servitus in faciendo consistere nequit, widersprechen würde. b) **Beschränkungen der Personalservituten**[259]). Die Personalservituten sind, wie alle Privatrechte, durch den Grundsatz beschränkt, daß nur die Rechte Schutz genießen, an denen der Berechtigte ein juristisches Interesse hat[260]); sie müssen ihm, da er der einzige Inhaber ist, persönlich Vortheil gewähren können, sollte es auch nur durch Veräußerung gegen Vergeltung sein. Auch braucht die Servitut nicht sofort Nutzen zu gewähren; nur muß

---

255) L. 32. D. 7. 1.
256) L. 19. pr. D. 22. 1.
257) L. 4. L. 20. §. 3. D. 8. 3. L. 14. D. 34. 1.
258) L. 14. §. 1. 2. D. 7. 8.
259) Elvers a. a. O. S. 189—192.
260) L. 15. D. 8. 1.

dieser in's Künftige in Aussicht stehen[261]). Einen Vermögenswerth haben die Personalservituten; aber nothwendig ist es nicht, daß sie auch wirklich immer dem Vermögen einen pecuniären Zuwachs gewähren und ihr Ertrag das Vermögen des Berechtigten dauernd vergrößert; ihr Nutzen kann auch nur in Gewährung augenblicklichen Vergnügens bestehen[262]) oder geradezu verloren gehen. Eine andere Beschränkung der Personalservituten wird von Hoffmann[263]) darein gesetzt, daß die Servitut aus Rücksicht für den Eigenthümer nicht in einem Umfange bestehen dürfe, welcher die Vernichtung der Substanz der Sache zur Folge haben würde. Dies würde dazu führen, daß in jedem einzelnen Falle zu untersuchen wäre, ob durch die Ausübung der Servitut die Sache nicht verringert werde. Allerdings haben die Römer regelmäßig nur solche Personalservituten im Sinne gehabt, welche die dienende Sache niemals aufheben, daher auch ihre Definition der umfassendsten Servitut, des Nießbrauches, zu erklären ist[264]). Dagegen läßt sich wieder kein innerer Grund denken, aus welchem, wie bei den Realservituten, nothwendig sein sollte, daß eine immerwährende Dauer der Personalservitut möglich sei, oder welcher die Constituenten an der beliebigen Verfügung über die Sache hindern sollte, selbst wenn solche die Substanz der Sache gefährdete und daher der völlige Verlust der Sache für den Eigenthümer durch die fortgesetzte Ausübung bewirkt werden müßte. Eine solche Beschränkung der Personalservituten ist aber auch in der That von den Römern nicht anerkannt worden. Denn sie ließen solche an Sachen zu, die durch den Gebrauch nicht sofort aufgehoben, aber doch verschlechtert werden; z. B. wird an Kleidern ein wahrer Ususfructus zugelassen[265]), obwohl die Benutzung jedesmal eine Verschlechterung und endlich einen gänzlichen Verbrauch, nicht blos eine Verringerung der Substanz bewirken muß. Ebenso wird die Berechtigung, Töpferthon zu graben, als Personalservitut behandelt und dem Berechtigten die Befugniß zugesprochen, die aus diesem Thon gefertigten Sachen zu verkaufen[266]), was auf eine Ausübung der Servitut in sehr weitem Umfange hinweist, und doch wird die Servitut, obgleich sie augenscheinlich die Substanz der Sache angreift und ver-

---

261) Wie bei dem Vermächtnisse des Nießbrauches eines Füllens. Paul. Sent. Lib. III. Tit. 6. §. 18. L. 55. D. 7. 1.

262) L. 41. pr. §. 1. D. 7. 1.

263) Hoffmann über den Umfang der Servituten in Sell, Jahrb. für histor. u. dogm. Bearbeitung des röm. Rechtes Bd. II, S. 302—315.

264) Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 1. D. 7. 1.

265) L. 15. §. 4. D. 7. 1. L. 9. §. 3. D. 7. 9. Dagegen wird in §. 2. Inst. II. 4. allerdings die Möglichkeit der Bestellung des Ususfructus an Kleidern geleugnet, aber nur weil dort dieselben den Sachen beigezählt werden, welche ohne gänzlichen Verbrauch und Aufzehrung ihrem Zwecke gemäß nicht gebraucht werden können.

266) L. 6. pr. D. 8. 3.

mindert, ohne Beschränkung und Bedingung zugelassen. c) **Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Personalservituten**[267]). Für Personalservituten ist vom Anfang an ein bestimmter Endtermin dadurch festgesetzt, daß sie mit dem Leben der berechtigten Person erlöschen. Aber auch innerhalb der Lebensdauer des Berechtigten kann noch ein anderer Endtermin festgesetzt werden, entweder ein vom Anfang an bestimmter oder ein von dem Eintritte einer Bedingung abhängiger. Die Beifügung eines solchen Endtermines lag so sehr im Wesen der Personalservitut, daß sie selbst bei einer Bestellung durch in iure cessio, bei welcher sonst Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht beigefügt werden konnten, zulässig war, selbst nach dem Civilrechte, indem ein solcher Endtermin gleichsam das Maaß der cedirten Sache war[268]). Ein in die Form einer Resolutivbedingung eingekleideter ungewisser Endtermin konnte zwar nicht bei der in iure cessio, wohl aber bei Errichtung der Personalservituten durch Legat beigefügt werden, auch mit Wirksamkeit dem Civilrechte gegenüber; ebenso auch Suspensivbedingungen und Anfangstermine. Dasselbe war bei der Mancipation zulässig, wo die Personalservitut bei der Veräußerung einer res mancipi vorbehalten wurde[269]). Nach dem neuesten römischen Rechte können sie bei jeder Art der Errichtung beigefügt werden. Eine für eine bestimmte Zeit bestellte Personalservitut kann auch nur in dieser Zeit ausgeübt werden; hat derjenige, welcher sie zu leisten hat, nicht zur gehörigen Zeit bestellt, so muß er den Werth ersetzen; die Servitut kann er nach der bestimmten Zeit nicht mehr leisten, weil die Zeit, für welche sie bestellt ist, so wesentlich mit dem Charakter der Servitut zusammenhängt, daß die Personalservitut einer späteren Zeit eine ganz andere Servitut ist, die der Verpflichtete nicht zu bestellen und der Berechtigte nicht anzunehmen verbunden ist[270]). Hiernach kann auch statt der **einen** fortdauernden Personalservitut eine Reihe einzelner nach einander auszuübender bestellt werden, was besonders wichtig für den Fall der capitis deminutio war, indem, wenn der Berechtigte eine solche erlitt, nur die einzelne gerade in dem Momente laufende Servitut erlosch, und dagegen mit dem nächsten Anfangstermine eine neue Servitut begann, indem die auf Bestellung einer solchen gerichtete Forderung durch capitis deminutio nicht vernichtet wurde. Ebenso ist die Bestellung einer Personalservitut im voraus für den Fall zulässig, daß eine zunächst wirksame erlischt[271]), und so kann sie auch für die Erben des jetzigen Inhabers bestellt werden. Auch kann für mehrere Berechtigte eine Reihenfolge in der Art bestimmt werden, daß jeder nur eine bestimmte Zeit

267) **Elvers** a. a. O. S. 193—198. Vgl. auch **Brackenhöft**, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IX, S. 182 flg.
268) Vat. fragm. tit. de usufructu §. 48.
269) Vat. fragm. l. c. §. 50.
270) L. 37. D. 7. 1. L. 6. D. 33. 2.
271) L. 39. §. 3. D. 21. 2.

hindurch die Servitut inne hat, solche aber nach Ablauf der für die anderen auch nur temporär Berechtigten bestimmten Zeit für ihn wieder in Kraft tritt[272]). Wenn dann einer aus der Reihenfolge ausfällt, so tritt für die Zeit, wo sie jenem zukam, in Ermangelung eines Berechtigten, Consolidation der Servitut ein[273]). Besondere Entscheidungen zur Beseitigung früherer Zweifel über für einzelne Arten beigefügte Endtermine finden sich in einer Constitution Justinian's[274]). Was bisher allgemein als Regel für alle Personalservituten aufgestellt ist, sprechen die Quellen durchgehends nur für den Ususfructus aus, der meistens als Repräsentant der ganzen Klasse gilt. Es ist aber nicht minder auf den Usus anwendbar, bei welchem die Bestellungs- und Endigungsarten dieselben sind, wie bei dem Nießbrauche[275]), und es wird dies auch von anderen Personalservituten gelten müssen. — Die Ausübung einer Personalservitut kann an eine fortlaufende Vergeltung des Berechtigten gebunden werden; wird dessen Verpflichtung von der Bedingung abhängig gemacht, daß der Verpflichtete nur zahle, so lange er in der Ausübung der Servitut ist, so nimmt sie zwar die Form einer Gegenleistung an, unterscheidet sich aber dadurch wesentlich von einer solchen, daß sie nur gegen die ursprünglichen Constituenten der Servitut, als die Paciscenten, oder die ursprünglich Onerirten, und deren Erben wirksam ist, nicht aber nach römischem Rechte gegen andere Inhaber der dienenden Sache. Mehrere derartige Verhältnisse werden in den Quellen erwähnt[276]). Nach teutschem Rechte möchte aber nicht zu bezweifeln sein, daß eine solche Verpflichtung des Berechtigten auch zu Gunsten des jedesmaligen Eigenthümers der dienenden Sache begründet werden könne. d) Sogenannte irreguläre Personalservituten[277]). Sowie der Wille der Constituenten die Personalservituten beliebig modificiren kann, wenn nur die verliehene Befugniß einen Geldwerth behält, so kann dieser Wille die Personalservitut denselben Beschränkungen unterwerfen, welchen die Realservituten unterliegen, namentlich ihren Umfang von dem Bedürfnisse eines von dem Berechtigten besessenen benachbarten Grundstückes abhängig machen und die Fortdauer dieses Besitzes als Bedingung derselben hinstellen[278]).

---

272) L. 2. pr. §. 2. D. 7. 4.
273) L. 2. pr. D. 7. 4.
274) L. 12. C. III. 33.
275) L. 3. §. 3. D. 7. 1.
276) L. 7. §. 2. D. 7. 1. L. 32. §. 6. D. 33. 2. L. 20. §. 2. D. 34. 1.
277) Elvers a. a. O. S. 198—203.
278) Andere bestreiten die Möglichkeit einer solchen Personalservitut. Noch Zachariä von Lingenthal, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXVII, N. 1, S. 1—56, verlangt bei Real- und Personalservituten nothwendig einen quantitativ verschiedenen Inhalt, und sieht bei den letzteren als Maaß der Berechtigung den Vortheil oder das Bedürfniß der berechtigten Person an. Dieser ist aber nicht immer das Maaß, sondern nur die Grenze des Inhaltes, über welchen hinaus eine Servitut nicht gehen darf, innerhalb dessen aber jeder andere Maß-

Es kann in dem einzelnen Falle, wo dies geschieht, zweifelhaft sein, ob man eine solche an die Bedingungen und Voraussetzungen der Realservitut geknüpfte Personalservitut, oder eine Realservitut habe errichten wollen, letztere mit der Beschränkung, daß sie nur der erste Erwerber für seine Person ausübe, und sie daher durch seinen Tod oder durch die von ihm vorgenommene Veräußerung des Besitzes erlösche, also eine Realservitut unter einer auflösenden Bedingung. Die Vermuthung ist hier mehr für die Personalservitut, da eine solche mit Eintritt der Bedingung ipso iure erlischt, die Realservitut erst ope exceptionis, der Untergang ipso iure aber mehr der Absicht der Parteien und dem Wesen des Geschäftes entspricht. Auch können manche von den Befugnissen, welche gewöhnlich den Inhalt einer Realservitut bilden, selbst da Gegenstand von Personalservituten sein, wo der Berechtigte kein benachbartes Grundstück besitzt; hier ist die Servitut der betreffenden Realservitut nur ähnlich; sie hat aber einen ganz anderen Inhalt, weil er nicht durch das Bedürfniß eines Grundstückes bestimmt wird. Diese letztere Art der Servituten wird zum Unterschiede von den gleichnamigen Realservituten gewöhnlich mit dem Namen irreguläre Personalservituten bezeichnet, womit aber nichts gewonnen ist. Wenn einzelne Stellen einzelne Servitutenbildungen ausdrücklich als Realservituten hinstellen und ihnen den Charakter einer Personalservitut schlechterdings absprechen[279]), so steht dies der Annahme, daß jede durch eine Realservitut verliehene Befugniß auch Inhalt einer Personalservitut sein kann, nicht entgegen. Denn für gewisse durch den Willen der Constituenten häufig geschaffene Servitutenbildungen gab es bestimmte Formeln und Namen, welche immer auf ein bestimmtes herkömmlich so bezeichnetes Institut hinwiesen. Namentlich war dies bei den einzelnen Realservituten der Fall. So deuten die Ausdrücke: iter, actus, via, immer auf eine Realservitut, der eine Personalservitut als ius oder usus transeundi entgegensteht[280]). e) Ausmittelung des Umfanges

---

stab für den Umfang der Berechtigung festgesetzt sein kann. Elvers a. a. O. S. 198.

279) Z. B. L. 20. §. 3. D. 8. 3.: Hauriendi ius non hominis, sed praedii est. Dazu gehören auch die Stellen, wo, wie in L. 1. D. 8. 3. bestimmte Servituten der einen oder der anderen Klasse der Prädialservituten zugezählt werden.

280) L. 6. D. 33. 3. Ueber die Erklärung der schwierigen L. 14. §. 3. D. 34. 1. vgl. Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 43—47. Elvers a. a. O. S. 201—203. Wir fügen die Bemerkung hinzu, daß nach dem erhaltenen Auszuge dieser Stelle in den Paratitlen des sog. Tipuritus (Basil. ed. Heimb. T. IV. p. 418.) für et haustus aquae zu lesen ist: et si aquae haustus, und daß die Schlußworte: haec enim aqua personae relinquitur, dort so wiedergegeben werden: *οὐκ ἔστι δὲ ὅμοιον τὸ τοῦ ὕδατος ληγάτον, ἐπειδὴ προσώπῳ καὶ οὐ κτήματι καταλιμπάνεται.* Es wird also dadurch die gewöhnliche Lesart dieser Schlußworte, welche beide angeführte Schriftsteller in hae enim aquae personae relinquuntur ändern wollen, bestätigt und ein wirklicher Unterschied des legatum aquae von den anderen in der Stelle vorher angeführten Servituten, welche als Personalservituten nur dem Besitzer eines benachbarten Grundstückes

der Servituten in den einzelnen Fällen[281]). Für den Inhalt der Servituten ist, abgesehen von den Fällen des gesetzlichen Nießbrauches, der Wille der Constituenten maßgebend; derselbe muß in einer Weise offenbart worden sein, daß man ihn sicher erkennen kann. Es ist aber nicht nöthig, daß sogleich bei Begründung der Servitut dieselbe nach allen Seiten hin scharf begrenzt und jede mögliche Wirkung im voraus fest bestimmt werde, sondern es wird dem richterlichen Ermessen umsomehr überlassen, die von Seiten der Constituenten getroffenen Bestimmungen durch analoge Ausdehnung mit Rücksicht auf die thatsächlichen Verhältnisse zu ergänzen, als nicht vom Anfang an alle Beziehungen zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer unter bestimmte Regeln gebracht werden können. Behufs der Möglichkeit, den wahrscheinlichen Willen der Constituenten durch analoge Ausdehnung für alle vorkommenden Fragen zu erkennen, muß derselbe wenigstens für die Hauptmomente der Servitut in gehöriger Form erklärt sein; ist dies nicht der Fall, so ist auch das Dasein einer Servitut nicht anzunehmen[282]). Häufig wird schon die gewählte Bezeichnung der Servitut genügen, um den Willen der Constituenten über die Beschaffenheit der auferlegten Servitut kennen zu lernen; es wird dies aber nicht immer der Fall sein, namentlich wenn die auferlegte Servitut sich nicht über das ganze als dienend bezeichnete Grundstück erstrecken soll, sondern ihrer Natur nach nur einen Theil desselben berühren kann, z. B. eine einem größeren Grundstücke allgemein auferlegte Wegeservitut. So nahe es lag, in einem solchen Falle eine Servitut noch gar nicht anzunehmen, sondern erst dann, wenn der dienende Ort bestimmt sein werde, so nahm das römische Recht doch einen anderen Weg. Es bestimmt nämlich für die Wasserleitungsservitut und für alle Wegeservituten, daß in einem solchen Falle das ganze belastete Grundstück dienen solle, und dem Berechtigten daher die Wahl zustehe, wo er die Servitut ausüben wolle[283]). Dennoch

---

bestellt werden können, gefunden. Wir wissen den Widerspruch zwischen den Schlußworten und dem Vorhergehenden auch nicht anders als Beide zu lösen, wenn man nicht wirklich einen Unterschied des legatum aquae von den übrigen angeführten Servituten darin finden will, daß es bei dem ersteren da, wo das Wasser, eines der dem Menschen zu seiner persönlichen Erhaltung nothwendigen Lebensbedürfnisse, gekauft werden muß, eben auf Befriedigung eines persönlichen Lebensbedürfnisses ankommt und darum blos auf das Bedürfniß der betreffenden Person gesehen wurde, ohne den Besitz eines benachbarten Grundstückes vorauszusetzen, während bei den übrigen angeführten Servituten, die als Prädialservituten nur zum Vortheile eines herrschenden Grundstückes bestellt werden, die Nachbarschaft als Bedingung auch bei ihrer Bestellung als Personalservituten darum beibehalten wurde, weil sie nur unter dieser Voraussetzung dem Berechtigten wahren Vortheil bringen konnten.

281) Elvers a. a. O. S. 205—219.

282) Vgl. L. 7. pr. D. 8. 4.

283) L. 9. D. 8. 1. L. 21. D. 8. 3. L. 8. D. 43. 20. In L. 26. D. 8. 3. wird bei einem Legat einer solchen Servitut die Wahl dem Eigenthümer der belasteten Sache von Paulus zugesprochen, dagegen in L. 28. D. eod. dem

können unter Umständen einzelne Theile des dienenden Grundstückes von der Servitut frei bleiben, weil ihre Beschaffenheit eine nach dem Willen der Constituenten anzunehmende Belastung unwahrscheinlich macht[284]). In der Absicht der Constituenten kann es aber nicht liegen, daß der Berechtigte immerwährend wechsele, und seinen Weg bald in dieser, bald in jener Richtung auf dem belasteten Grundstücke nehme; deshalb kann der Berechtigte genöthigt werden, daß er eine Richtung für immer wähle. Diese Wahl trifft er bei der Wasserleitungsservitut schon dadurch, daß er die Vorrichtungen dazu aufstellt, bei einer Fahrwegsgerechtigkeit durch Anlegung des Fahrweges[285]); er muß sie aber auch da treffen, wo es keiner Vorrichtung bedarf, und unterläßt er die Wahl, so kann solche durch den Richter vorgenommen werden[286]). Auch die Breite des Weges, wenn darüber nichts bestimmt ist, wird nöthigenfalls durch richterliches Ermessen festgestellt[287]), außer bei der servitus viae, wo in solchen Fällen die gesetzliche Bestimmung über die Breite des Weges anzuwenden war[288]). Ist so der Ort, der dienen soll, einmal genau bestimmt, so hört die Servitut an den übrigen Theilen des Grundstückes, an welchen sie anfänglich auch haftete, auf[289]) und lebt auch nicht wieder auf, wenn die Ausübung auf dem gewählten Stücke unmöglich wurde. Ist aber bei einer einem Grundstücke so allgemein auferlegten Wege- und Wasserleitungsservitut die Absicht der Constituenten klar, daß das Grundstück ganz und für immer dienen und dem Berechtigten die Ausübung auf jedem Theile des Grundstückes zustehen solle, so fallen alle diese Bestimmungen weg[290]). Sie sind aber außer diesem Falle auch auf andere einem Grundstücke allgemein auferlegte Servituten anwendbar, wenn diese Servituten ihrer Natur nach nur für einen Theil desselben ausgeübt werden können. Ein fernerer Fall, wo trotz der von den Constituenten gebrauchten üblichen Bezeichnung für die von ihnen begründete Servitut wichtige und charak-

---

Berechtigten von Julian gegeben. Dieser Widerspruch hängt mit der Errichtungsform der Legate zusammen; die erstere Stelle handelt von einem legatum per damnationem, bei welchem der Erbe verpflichtet war, die legirte Sache herauszugeben, und wenn diese nur der Gattung nach bestimmt war, solche, ehe er sie herausgeben konnte, zu wählen hatte; die letztere Stelle nimmt bis zur erfolgten Wahl der Legatare gar keine Servitut an, und steht dadurch in Widerspruch mit L. 9. D. 8. 1., nach welcher die Servitut sofort und zwar für das ganze Grundstück existirt; sie handelt von einem legatum sinendi modo, bei welchem die Wahl von Seiten der Legatare Bedingung des Legates war. Beide Stellen sind als antiquirt zu betrachten.

284) L. 9. D. 8. 1. L. 23. D. 8. 3.

285) L. 9. D. 8. 1.

286) L. 13. §. 1. D. 8. 3.

287) L. 13. §. 1. 3. D. 8. 3.

288) L. 13. §. 2. D. 8. 3.

289) L. 9. D. 8. 1. L. 13. §. 1. D. 8. 3.

290) Dies ist z. B. der Fall, wenn bei Begründung der Servitut festgesetzt war: totus ager itineri servit. L. 13. §. 1. D. 8. 3.

teristische Momente der beabsichtigten Servitut ungewiß geblieben sind, ist der, wo zwar der dienende Ort genau bestimmt, das Maaß aber, bis zu welchem die Befugniß geübt werden kann, nicht festgestellt ist. Darüber, ob die Servitut in einem solchen Falle wegen Unbestimmtheit ungiltig sei oder nicht, erklären sich die Quellen nicht; es ist aber nach Analogie des vorigen Falles nicht anzunehmen, die Constituenten hätten etwa die nähere Bestimmung sich vorbehalten und den ganzen endlichen Abschluß noch unterlassen, sondern es ist zu vermuthen, daß dem Servitutberechtigten die Befugniß beliebig auszuüben verstattet sein solle, daß aber auch in dem vermuthlichen Willen der Constituenten nichts Außergewöhnliches, Zweckwidriges und einen Theil unverhältnißmäßig Belastendes liegen könne. Ist z. B. eine Weideservitut als Prädial- oder Personalservitut bestellt, ohne daß die Zahl des aufzutreibenden Viehes bestimmt ist, so giebt für die Realservitut das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes eine Grenze, indem nur so viel Vieh aufgetrieben werden darf, als zur Cultur desselben möglicher Weise benutzt werden kann; für die Personalservitut wird die Grenze durch die Zahl des Viehes gezogen, welche das dienende Grundstück zu ernähren vermag. Der vermuthliche Wille der Constituenten ist auch weiter darin maßgebend, daß, wenn nach Errichtung einer allgemeinen Servitut infolge durch außerordentliche nicht vorauszusehende Ereignisse veränderter Umstände ein weit größeres Bedürfniß des berechtigten Subjectes oder des herrschenden Grundstückes oder eine weit größere Ertragsfähigkeit der dienenden Sache eintritt, darum doch nicht die Servitut nachträglich so weit auszudehnen ist, wie sie beim Dasein dieser Umstände vom Anfang an hätte ausgeübt werden können. Es muß aber jene Veränderung der Umstände nur durch außerordentliche, nicht vorauszusehende Ereignisse eingetreten sein. Daher wird ein besonders reichlicher Ertrag der dienenden Sache, welcher auf einer besonders guten Ernte beruht, doch dem Usufructuar ganz gehören, sowie auch der Usuar, welchem für sich und seine Familie der Usus bestellt worden ist, das durch Vermehrung der Familie größer gewordene Bedürfniß aus der dienenden Sache wird befriedigen können. Eine Beschränkung hätte bei Errichtung der Servitut von den Constituenten eben ausgesprochen werden müssen, wie eine Erweiterung des Umfanges der Servitut bei Eintritt außerordentlicher Verhältnisse. Es wird dies durch dasjenige bestätigt, was die Quellen über die Ausdehnung der Servituten auf Accessionen der dienenden Sache sagen [291]). — Weder der Gebrauch der für eine gewisse Servitutenbildung üblichen Bezeichnung, noch die sorgfältigsten Be-

291) So ergreift der Usufructus die Alluvion, weil diese bei einem Grundstücke an einem Flusse immer zu erwarten und keine Folge ungewöhnlicher Ereignisse ist; dagegen erstreckt derselbe sich nicht auf eine im Flußbette neben dem dienenden Grundstücke entstandene Insel L. 9. §. 4. D. 7. 1. Auf denselben Gründen beruht die in L. 3. §. 2. D. 43. 20. gegebene Entscheidung, wenngleich die dort angegebenen Gründe nicht dieselben sind, wie die angeführten.

stimmungen bei Errichtung einer Servitut reichen immer aus, um das Verhältniß zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer festzustellen, und es muß immer Ergänzung durch Analogie eintreten. Das römische Recht stellt nur für die einzelnen im damaligen Rechtsleben üblichen Arten der Servituten eine Menge von Interpretationsregeln auf. Von diesen ist ein Gesichtspunkt hervorzuheben, welcher sich gleichmäßig auf alle Servituten bezieht. Vermöge der stets dafür, daß die Constituenten alles dasjenige, was nothwendige Voraussetzung für die von ihnen errichtete Servitut ist, ebenfalls anordnen wollten, streitenden Vermuthung muß dem Berechtigten überall neben der Ausübung der ausdrücklich eingeräumten Befugnisse auch die der adminicula gewährt werden[292]), d. h. er muß die Handlungen vornehmen dürfen, ohne welche die Ausübung der ersten zunächst beabsichtigten Befugniß nicht möglich ist[292a]). Soll demgemäß die Servitut die Befugniß einer Handlung auf dem dienenden Grundstücke verleihen, so liegt darin auch für den Berechtigten, welcher an den dienenden Ort nicht gelangen kann, die Befugniß, über andere dem Besteller der Servitut gehörige Grundstücke zu gehen[293]). Ferner enthält die Servitut die Befugniß, die dienende Sache in den zur Ausübung der Servitut nöthigen Zustand zu versetzen[294]), sowie die zur Erhaltung dieser Vorrichtungen im gehörigen Stande erforderlichen Handlungen vorzunehmen, namentlich sich zu dem Zwecke einer nothwendigen Reparatur mit Allem, was dazu erforderlich ist, über das Grundstück des Constituenten zu den Vorrichtungen zu begeben und dort die nöthigen Arbeiten vorzunehmen[295]). Als adminiculum der Servitut und darum in ihr stillschweigend enthalten gilt aber auch weiter da, wo die Servitut dem Berechtigten ohnehin schon Nutzen zu gewähren vermag, die Befugniß des Berechtigten zu solchen Handlungen, welche zu der Benutzung nöthig sind, welche die Constituenten bei der Errichtung der Servitut im Auge hatten, oder welche schon nach der Natur der herrschenden oder der dienenden Sache als die zweckmäßigste und nützlichste erscheint[296]). Es ist dies aber nicht soweit auszudehnen, daß der Berechtigte alles das beanspruchen könne, wodurch die Servitut vortheilhafter oder angenehmer wird, sondern sein Anspruch beschränkt sich auf dasjenige, wodurch die sachgemäße Ausübung möglich wird. Der Anspruch auf die adminicula

---

292) Die Auffassung des Rechtes auf die adminicula als eigener Servitut, und zwar als einer servitus tacita von Gesterding, Nachforschungen Bd. VI, Abth. I, S. 49 ist nicht zu rechtfertigen.

292a) L. 1. §. 1. D. 7. 6.

293) L. 3. §. 3. D. 8. 3. Vat. fragm. de usufr. §. 54.

294) L. 10. D. 8. 1. L. 15. D. 8. 3. L. 3. §. 5. D. 43. 20.

295) L. 11. D. 8. 4. L. 1. §. 1. L. 3. §. 10. D. 43. 21. L. 3. §. 12. L. 4. pr. §. 1. D. 43. 19.

296) Beispiele enthalten L. 30. D. 7. 1. L. 1. §. 4. D. 7. 6. L. 10. D. 8. 2.

steht dem Berechtigten ebenso zu, es mag die Servitut durch ein Geschäft unter den Lebenden oder durch einen letzten Willen begründet worden sein. Doch ist erstlich insofern ein Unterschied, als im ersteren Falle der Anspruch auf die adminicula sich auf den muthmaßlichen Willen der Constituenten bei Errichtung der Servitut gründet, und daher, wo ein entgegengesetzter Wille erkennbar ist, ein solcher Anspruch nicht zusteht, selbst wenn die Servitut infolge dessen wegen fehlender Nützlichkeit nichtig sein sollte; im letzteren Falle hingegen wird die der letztwilligen Errichtung einer Servitut gleich anfangs oder später hinzugefügte Bestimmung, wodurch dem Legatar eine Befugniß, welche die Voraussetzung für die Ausübung der Servitut bildet, untersagt wird, als eine unmögliche Clausel, und als solche als nicht hinzugefügt angesehen, so daß der Legatar die untersagten Handlungen und weiter die ganze Servitut ausüben kann[297]). Dies gilt aber nur da, wo die entzogene Befugniß ein nothwendiges Erforderniß für jede Benutzung der Servitut ist, nicht da, wo sie nur die eine den Umständen am meisten entsprechende Ausübung möglich machen soll. Ein zweiter Unterschied zwischen den durch Geschäfte unter den Lebenden und den durch letzte Willen errichteten Servituten besteht darin, daß bei den ersteren die adminicula nur gegenüber den zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Constituenten befindlichen Grundstücken geltend gemacht werden können, weil nur ihnen der Constituent eine solche Last auferlegen konnte, während bei dem letzteren der Legatar nicht nur ohne weiteres diese adminicula an den dem Erben zufallenden Grundstücken des Bestellers beanspruchen, sondern auch verlangen kann, daß der Erbe, wenn die Servitut ohne Vornahme gewisser Handlungen auf fremden benachbarten Grundstücken nicht ausgeübt werden kann, die Berechtigung zur Vornahme dieser Handlungen für den Legatar erwerbe[298]) oder ihm den Geldwerth der Befugniß bezahle. Gleiche Bedeutung mit dem als oberstes Gesetz für die Ausübung der Servituten aufgestellten muthmaßlichen Willen der Constituenten hat die nach dem Vorgange von Celsus[299]) in der Doctrin aufgestellte Regel: servitus civiliter est exercenda, welche der genannte Jurist mit den Worten begründet: „nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Diese Regel gilt daher für

297) L. 1. §. 1. D. 7. 6. L. 3. §. 6. D. 34. 4.

298) L. 1. §. 2. D. 7. 6. L. 10. D. 8. 2. L. 44. §. 9. D. 30. L. 15. §. 1. D. 33. 2. Eine Vereinigung der beiden letzten Stellen ist nur dadurch möglich, daß man der L. 15. §. 1. gemäß den Erben zur Herausgabe der dem Eigenthum nach legirten Sache an den Legatar erst nach Bestellung einer solchen Servitut zu Gunsten des Usufructuars von Seiten des Legatars für verpflichtet erachtet; hat der Erbe die Sache an den Legatar herausgegeben, ehe dieser die Servitut bestellt hat, so kann er letzteren nicht zur Bestellung zwingen, sondern muß, wie L. 44. §. 9. sagt, die Berechtigung zur Vornahme dieser Handlungen vom Legatar zurückkaufen, um solche dem Erwerber der Hauptservitut zu verschaffen.

299) L. 9. D. 8. 1.

alle Servituten und ist nicht, wie häufig geschehen ist, auf die Realservituten und den Usus zu beschränken.

V. Ausübung der Servituten von Seiten Anderer als der ursprünglich Berechtigten. 1) Nichtübertragbarkeit der Realservituten, des Usus und der ihm nachgebildeten Personalservituten[300]). Da der Inhalt einer jeden Realservitut insofern durch die Beschaffenheit der herrschenden Sache bestimmt wird, als sie immer bezweckt, die Benutzung derselben einträglicher oder angenehmer zu machen, und sie daher durch das Bedürfniß derselben begrenzt wird, so ist es für den Inhalt der Servitut nicht gleichgiltig, welche Sache die herrschende ist; die Uebertragung der Servitut auf eine andere Sache, welche nunmehr die herrschende wäre, würde auch die quantitative Beschaffenheit der Servitut verändern. Es darf daher der Servitutberechtigte die Berechtigung nicht einseitig auf ein anderes Grundstück übertragen; es bedarf vielmehr dazu der Mitwirkung des Eigenthümers der dienenden Sache und der Anwendung der zur Errichtung einer Servitut nothwendigen Formen, und es wird eigentlich das alte Recht dann aufgehoben und eine neue Servitut begründet. Eine weitere Folgerung aus dem unmittelbar auf Verbesserung der herrschenden Sache gerichteten Zwecke der Realservituten ist, daß ihre Ausübung nur demjenigen zukommt, welchem die Benutzung der Sache zusteht, oder welcher dabei im Interesse des Berechtigten mit thätig sein soll. Daher sind zu den Handlungen, zu welchen die Realservituten berechtigen, alle befugt, welche der Eigenthümer mit der ganzen oder theilweisen Benutzung der Sache beauftragt, oder welche kraft eigenen Rechtes die Sache benutzen dürfen. Die den Freunden des Berechtigten und allen, welche Namens desselben hereingehen, verstattete Ausübung einer Wegegerechtigkeit[301]) beruht darauf, daß sie kraft einer, wenigstens stillschweigend ertheilten Erlaubniß das herrschende Grundstück betreten, also in einer Art benutzen wollen. Durch den Willen der Constituenten können aber auch Beauftragte von der Benutzung der Servitut ganz ausgeschlossen werden. Ebenso ist die Uebertragung einer gewissen Klasse von Personalservituten auf ein anderes Subject nicht gestattet. Es sind diejenigen, deren Umfang nach dem Willen der Constituenten nicht blos von der Gewährung irgend eines pecuniären Nutzens abhängt, sondern bei denen eine unmittelbare Verminderung des Ertrages zum Zwecke der Befriedigung des natürlichen Bedürfnisses des berechtigten Subjectes verlangt wird, und deren Ausübung daher nur insoweit statthaft ist, als jenes Bedürfniß dadurch noch direct befriedigt wird. Das Muster und der Repräsentant dieser Klasse von Personalservituten ist der Usus. Für den Inhalt der Servitut würde auch hier durch Uebertragung an ein anderes Subject ein anderes

300) Elvers a. a. O. S. 220—226.
301) L. 3. §. 4. D. 43. 19. Vgl. L. 111. D. 45. 1.

Bedürfniß maßgebend sein und dadurch der Inhalt ein anderer werden. Daher kann der Berechtigte die Berechtigung nicht einseitig veräußern, und auch die Ausübung der Berechtigung von Seiten dritter Personen ist nur insoweit zulässig, als durch dieselben der Ertrag unmittelbar zur Befriedigung des Bedürfnisses des Berechtigten verwendet wird[302]. Auch kann da, wo der Umfang einer Personalservitut ein für allemal fest bestimmt und durch das Bedürfniß des Berechtigten nicht bedingt zu sein scheint, doch durch den Willen der Constituenten Unübertragbarkeit der Servitut festgestellt worden sein, indem bei den mit den Rechten des Eigenthümers fortwährend collidirenden Befugnissen die einzelne Ausübungshandlung dadurch für ihn eine andere werden kann, daß sie von einem anderen als dem ursprünglich Berechtigten ausgeht. Wo erweislich eine solche Personalservitut ganz besonders mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des ersten Erwerbers begründet ist, und nicht die fragliche Handlung überhaupt, sondern nur, soweit sie von dieser Person vorgenommen wird, den Inhalt der Befugniß ausmacht, da ist die Servitut als eine Nachbildung des Usus zu behandeln und nicht übertragbar. Nur in einem Falle ist Veräußerung des Usus gestattet, aber aus rechtlicher Nothwendigkeit; nämlich es kann, wenn zwei verschiedene Personen den Usus an derselben Sache haben und gleichzeitig ausüben sollen, bei Erhebung eines quasi iudicium communi dividundo infolge entstandener Differenzen, der Richter nöthigen Falles einem den Usus an der ganzen Sache zuerkennen, und ihm die Abfindung des Anderen mit Gelde auferlegen, so daß dieser dann seinen Usus auf richterliches Gebot für Geld veräußert[303]. Aus der Unveräußerlichkeit dieser Servituten folgt, da in jeder Servitutenbestellung immer eine theilweise Veräußerung liegt, nothwendig die Unzulässigkeit der Bestellung anderer Servituten an ihnen, was durch die Regel ausgedrückt wird: servitus servitutis esse non potest[304].

2) Uebertragbarkeit des Usus fructus und der ihm nachgebildeten Personalservituten[305]. In einer Klasse der Servituten, deren Muster und Repräsentant der Usus fructus ist, ist die Befugniß enthalten, entweder alle Früchte und Nutzungen einer Sache zu ziehen, so daß sie allein durch die Productionskraft der dienenden Sache begrenzt wird, oder doch wenigstens eine bestimmte Art oder einen bestimmten Theil der Früchte zu gewinnen, welcher nach einem ein für allemal festgestellten äußeren Maßstabe zu bestimmen ist. Der Umfang der Befugniß wird hier nicht durch die Person des Berechtigten bestimmt, und wird daher durch einen Wechsel in der Person des Berechtigten allein nicht verändert. Daher kann und muß es dem Eigen=

302) L. 10. §. 1. D. 10. 3.
303) L. 10. §. 1. D. 10. 3.
304) L. 1. D. 33. 2.
305) Elvers a. a. O. S. 226—251.

thümer der dienenden Sache in dieser Beziehung gleichgiltig sein, wer die Servitut ausübt, weil ihm der ganze Ertrag oder das bestimmte Maaß stets in gleicher Weise entzogen wird. Die einzelnen Ausübungshandlungen werden auch dadurch nicht für ihn eines anderen Charakters, daß sie von einem Andern, als dem ursprünglich Berechtigten ausgehen, weil für ihn nur ihr ökonomischer Werth in Betracht kommt, welcher immer derselbe bleibt, mag das Recht ausüben, wer es will. Nur in Einer Beziehung ist die Individualität des Berechtigten auf den Inhalt dieser Servituten von Einfluß, nämlich in Ansehung der Dauer, welche immer von der Lebensdauer des Berechtigten abhängt, daher die Uebertragung des Ususfructus an einen Anderen durch den Willen des jetzigen Inhabers allein in der Art nicht zulässig ist, daß sich die Dauer nun auch nach der Lebensdauer des neuen Erwerbers richten solle. Das ältere römische Recht hatte auch für die Uebertragung des Ususfructus an einen zeither Unberechtigten keine geeignete Form [306]. Selbst die in iure cessio, welche, abgesehen von der Retention bei der Mancipation, die einzige Form für Errichtung der Personalservituten unter den Lebenden war, war zu einer solchen Uebertragung unbrauchbar und ausdrücklich wird einer in iure cessio des Ususfructus von Seiten des Usufructuars an einen Anderen, als den Proprietar, jede Wirkung abgesprochen [307]. Da aber der Usufructuar mit der Ausübung des Rechtes unbestritten Andere beauftragen kann, den durch denselben gezogenen Ertrag dem Beauftragten auch überlassen kann, so konnte der Usufructuar jederzeit durch mit ihm geschlossene Verträge verpflichtet werden, daß er die Benutzung seines Ususfructus gestatte und in keiner Art störe; auch konnte derselbe die ihm zustehenden Klagen cediren. Ein solches Verhältniß unterscheidet sich aber wesentlich von dem, wo das dingliche Recht selbst auf den Dritten übertragen ist, indem bei dem ersteren immer nur eine persönliche Klage gegen den früher Berechtigten stattfindet, während bei dem letzteren die dingliche Klage statthaft ist. Es ist schwierig, die Frage zu beantworten, ob im späteren römischen Rechte auch eine Uebertragung des dinglichen Rechtes des Ususfructus zugelassen worden ist, da keine der Stellen, welche von der Veräußerung des Nießbrauches handeln, sich bestimmt darüber ausspricht. Am meisten und klarsten spricht dafür, daß ein Dritter ein dingliches Recht am Ususfructus erwerben könne, eine Stelle von Marcian [308], in welcher der Ver-

306) Vgl. darüber die Ausführung bei Elvers a. a. O. S. 227—234.

307) Gai. Inst. Comm. II. §. 30. §. 3. Inst. II. 4. In beiden Stellen wird gesagt, daß der Usufructuar ungeachtet einer solchen Cession doch sein Recht behalte. Dem widerspricht auch nicht L. 66. D. 23. 3. von Pomponius, indem dort nur davon die Rede ist, daß auf den Dritten, dem der Usufructuar cedirt, nichts übergehe, sondern der Nießbrauch sich mit dem Eigenthum verbinden werde, d. h. sobald er nach allgemeinen Regeln in der Person des jetzigen Usufructuars erloschen sein wird. Vgl. Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 240, N. 7.

308) L. 11. §. 2. D. 20. 1. Auch L. 13. pr. D. 20. 1. L. 8. pr. D. 20. 6.

pfändung des bereits bestellten Nießbrauches, gleichviel ob zur Hypothek oder zum Faustpfande, von Seiten des Usufructuars und des Schutzes dieses Pfandrechtes Erwähnung geschieht. Würde durch diese Verpfändung auch noch im späteren römischen Rechte nur ein persönliches Forderungsrecht auf Ausübung der Servitut bestellt, so würde der Usufructuar durch eine solche Verpfändung auch nur diesen persönlichen Anspruch gegen sich selbst verpfänden, und die Verpfändung wäre ein bloßes Spiel, indem der Gläubiger dadurch blos das, was er schon hat, erhielte, nämlich ein persönliches Recht an den Schuldner, aber keinen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Erlöse der verpfändeten Sache, daher er im Concurse mit den chirographarischen Gläubigern gleiches Recht haben würde. Dennoch aber erwähnen die Juristen Marcian, Papinian und Gajus ein Pfandrecht an einem bereits bestellten Nießbrauche, und ein solches konnte nur dann wahren Nutzen gewähren, wenn es an dem dinglichen Rechte selbst bestand. Die Behauptung, daß in einem solchen Falle das Pfandrecht nicht an dem Nießbrauche, sondern an den erst zu ziehenden Früchten bestellt werde, ist unhaltbar. Denn es ist zwar richtig, daß der Usufructuar an den künftigen Früchten, welche er durch Perception erwerben kann, ein Pfandrecht verleihen kann. Allein in den betreffenden Stellen wird von einem pignus und einer hypotheca am Usufructus selbst gesprochen. Dann erkennt Gajus [309]) die Zulässigkeit eines solchen Pfandrechtes an den Früchten zwar an, sagt aber weiter, daß dieses auch da eintrete, wo der Usufructus vom Eigenthümer oder vom Usufructuar verpfändet worden ist, und stellt am Schlusse vier Fälle auf; der Eigenthümer verpfändet entweder den Usufructus oder die künftigen Früchte; der Usufructuar verpfändet entweder den Usufructus oder die künftigen Früchte; er unterscheidet also ausdrücklich zwischen Verpfändung der Früchte und Verpfändung des Usufructus ebenso für den Usufructuar, wie für den Eigenthümer; ein solcher Unterschied kann aber nur stattfinden, wenn das Pfandrecht das dingliche Recht selbst ergreifen kann. Auch würde durch ein bloßes Pfandrecht an den Früchten der Gläubiger niemals ermächtigt werden, die Detention der ganzen die Früchte erzeugenden Sache zu beanspruchen, und wenn gleich bei einer Verpfändung der Früchte dem Gläubiger durch einen hinzutretenden Vertrag die Befugniß ertheilt werden kann, die Früchte selbst zu ziehen, d. h. den Usufructus auszuüben, so wird doch in L. 11. §. 2. D. 20. 1. von diesem Falle nicht gesprochen, sondern dem Pfandgläubiger ganz allgemein als Pfandgläubiger die Befugniß zum uti frui zugesprochen. Man hat auch die Meinung aufgestellt, daß der Usufructuar ein Faustpfand am Usufructus nicht bestellen könne, indem er sich der quasi possessio

---

sind von der Verpfändung eines bereits bestellten Nießbrauches durch den Usufructuar zu verstehen.

309) L. 15. §. 1. D. 20. 1.

nicht entäußern, dieselbe auf seinen Gläubiger nicht übertragen könne[310]. Allein dem klaren Ausspruche von Marcian gegenüber, welcher ein Faustpfand am Usufructus ebenso zuläßt, wie eine Hypothek, kann doch daran wohl nicht gezweifelt werden. Man hat auch die Verpfändung des Nießbrauches blos als Verpfändung der aus dem Rechte hervorgehenden Klage, gleichwie bei der Verpfändung einer Forderung betrachten wollen, so daß der Pfandgläubiger die aus dem Usufructus entspringenden Klagen geltend zu machen oder zum Zwecke der Befriedigung zu verkaufen habe, ohne daß deshalb der Usufructuar aufhöre, der wirkliche Inhaber der Servitut zu sein, gleichwie bei der Verpfändung einer Forderung der Verpfänder Gläubiger bleibe. In der That aber sind beide Verhältnisse sehr verschieden. Jeder Forderung entspricht nur Eine gleich bei Entstehung der Forderung begründete Klage, welche das wichtigste Mittel zur Verwirklichung derselben ist. Verliert daher durch die Verpfändung der Gläubiger und Pfandschuldner das Klagerecht und wird dasselbe auf den Pfandgläubiger und später auf den Pfandkäufer übertragen und dem Schuldner die Zahlung an den Verpfänder untersagt, so ist dies für den Pfandgläubiger ebenso, als ob er die verpfändete Forderung so veräußern könnte, daß ein neuer Gläubiger in dieselbe eintrete. Bei dem Usufructus ist es anders; das Klagrecht entsteht erst durch Verletzung desselben; solche können von verschiedenen Seiten und in verschiedener Weise erfolgen, und es können daher mit dem Nießbrauche möglicherweise unzählige Klagrechte verbunden sein; in jedem Augenblicke können neue entstehen; die Verpfändung müßte also alle auch später noch entstehende Klagen umfassen. Dann aber ist das Klagrecht nicht die nächste und wichtigste Folge des Usufructus, sondern diese ist vielmehr dessen unmittelbare Ausübung, und stände daher dem Pfandgläubiger nur ein Anspruch auf die Klagen zu, so hätte er, wenn kein Grund zur Anstellung von Klagen wegen Verletzung des Usufructus vorhanden ist, kein Mittel zur Realisirung seines Pfandrechtes. Gegen den im Quasibesitze des Usufructus befindlichen Usufructuar könnte dem Pfandgläubiger die persönliche Klage helfen, so lange ersterer nicht in Concurs verfallen ist; gegen den Proprietar aber, dem der Usufructuar den Nießbrauch cedirt hat, und gegen Dritte, welchen er den Quasibesitz übertragen hat, würde die persönliche Klage nichts helfen, und die confessorische Klage wäre gegen sie nicht begründet, da sie den Usufructus nicht unrechtmäßig verletzt haben, als sie ihn vom Berechtigten erhielten. Noch könnte eingewendet werden, es sei bei der Verpfändung des Usufructus die quasi possessio, die Ausübung verpfändet, so daß der Pfandgläubiger die Detention der

---

310) Schmid, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß N. F. Bd. V, S. 355, N. 1, S. 364 gegen Lang, im Archiv für civil. Praxis Bd. 39, S. 312 und Büchel, über iura in re und deren Verpfändung in den civilrechtl. Erörter. 2. Aufl. S. 387.

dienenden Sache erhalte und darin geschützt werde. Allein beide Stellen von Marcian sprechen ausdrücklich vom Faustpfande und von der Hypothek, und die des Gajus sogar nur von der Hypothek; die Hypothek ist aber nicht mit Uebertragung des Besitzes verbunden und ist stets durch eine hypothecaria actio geschützt. Ueber die Beschaffenheit dieser Klage ist nichts angegeben; sie kann aber keinesfalls blos auf den Besitz gehen, sondern muß auf das dingliche Recht selbst gerichtet sein, weil nur ein dingliches Recht mit einer dinglichen Klage geschützt wird; deshalb muß diese Klage hier die Klage auf die Servitut sein, die vindicatio servitutis hypothecaria. Wenn Marcian in L. 11. §. 2. D. 20. 1. nicht auch diese Klage als eine dem Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer der dienenden Sache zustehende erwähnt und nur von einer Einrede spricht, so ist dies daraus zu erklären, daß er für seine Ansicht von der Zulässigkeit solcher Verpfändungen, wofür er sich auf Papinian's Auctorität beruft, Anhaltspunkte im bestehenden Rechte suchte, aber keinen anderen fand, als daß der Prätor dem Käufer des Usufructus Schutz in der Ausübung gegen den Proprietar durch eine Exception versprochen hatte, welche Exception der Jurist nun analog auf den Pfandgläubiger anwendet, ohne zu bedenken, daß der Käufer zeither nur einen persönlichen Anspruch an den zunächst Berechtigten und nur aus dessen Person ein dingliches Recht dem Proprietar gegenüber hatte. Ueber andere dem Pfandgläubiger, sobald sein Pfandrecht anerkannt war, nothwendige Schutzmittel schweigt der Jurist, weil deren Erwähnung zu seinem Zwecke unnöthig war. Das hiernach an dem dinglichen Rechte selbst bestellte Pfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger nun auch das Recht, sich durch Veräußerung dieses Pfandgegenstandes zu befriedigen, und der Käufer erwirbt das dingliche Recht in derselben Weise, wie solches zeither der verpfändete Usufructuar hatte; dasselbe geht für letzteren verloren, wenn es gleich noch immer infolge der Abhängigkeit, in welcher der Usufructus von den Schicksalen der früher Berechtigten steht, heißen kann: ad eum ususfructus pertinet. Die aus der Zulässigkeit der Verpfändung sich nothwendig ergebende Uebertragbarkeit des Usufructus ist aber nicht auf diesen einzelnen Fall zu beschränken, sondern es ist auch die Zulässigkeit des Erwerbes des dinglichen Rechtes durch freiwillige Uebertragung desselben von Seiten des Usufructuars anzunehmen. Schon der Grundsatz, daß nur das verpfändet werden darf, was der Verpfänder auch veräußern kann, rechtfertigt den Rückschluß, daß das, was verpfändet werden kann, auch veräußert werden darf, und es wäre doch ganz sonderbar und unerklärlich, wenn der Pfandgläubiger, welcher beim Verkaufe des Pfandes als Stellvertreter des Usufructuars handelt und seine Befugnisse nur aus dieser Stellvertretung ableitet, mehr Rechte sollte übertragen können, als der Vertretene selbstständig zu gewähren im Stande ist. Hiernach ist im römischen Rechte spätestens mit dem Zeitpunkte, wo die Hypothek am Usufructus zugelassen wurde, auch indirect die Uebertragbarkeit desselben

anerkannt worden. Im Vergleich der Aussprüche der Quellen mit diesem Resultate sind zuvörderst als hierher nicht gehörig alle die Stellen auszuscheiden, welche von einer Verpachtung des Usufructus reden [311]), da hier nach der Natur des Geschäftes nur die Ausübung auf eine bestimmte Zeit gegen einen nach Maßgabe des Zeitraumes zu bestimmenden Miethpreis gestattet wird. Auch ein über den Usufructus abgeschlossener Kauf betrifft nicht nothwendig das dingliche Recht selbst als Gegenstand; er kann auch nach anerkannter Uebertragbarkeit des Usufructus noch immer die allein auf persönlicher Gestattung beruhende Ausübungsbefugniß zum Gegenstande haben und unterscheidet sich dann von der Verpachtung des Usufructus durch den ein für allemal bestimmten und nicht erst von der Dauer des Usufructus abhängig gemachten Preis; in diesem Falle bleibt das dingliche Recht bei dem Veräußerer zurück und er kann es wieder ausüben, wenn der Erwerber auf die Ausübung verzichtet. So ist zu erklären, wenn in den von dem Erlöschen des Usufructus durch Nichtgebrauch handelnden Stellen häufig gesagt wird, daß der, welcher den Usufructus verkauft habe, ihn ungeachtet der vom Käufer ganz unterlassenen Benutzung retinire, weil er aus dem Kaufgelde Nutzen ziehe; man kann diese Stellen nicht so erklären, als beruhten sie auf der Anschauung des früheren Rechtes, nach welcher der Verkauf stets nur ein persönliches Recht auf die Ausübung überträgt; denn die Stellen haben zum Theil den Marcian und Gajus zu Verfassern, welche die Verpfändung des Usufructus und damit die Uebertragbarkeit des dinglichen Rechtes selbst anderwärts anerkennen [312]). Die Einräumung eines persönlichen Forderungsrechtes auf Ausübung des Usufructus wird in den Quellen schlechthin Verkauf des Usufructus genannt, und es scheint daher dies der gewöhnlichere und regelmäßigere Fall gewesen zu sein. Es giebt auch Fälle, wo der Usufructuar rechtlich verbunden war, den Usufructus möglichst in der Weise, wie er ihn hatte, also dem dinglichen Rechte nach, auf Andere zu übertragen. Ein solcher Fall kam vor, wenn ein Usufructus zur dos bestellt war, wo der Mann nach Auflösung der Ehe möglichst das zu restituiren hatte, was er erhalten hatte [313]). Ein zweiter solcher Fall ist, wenn der Testirer dem Legatar, welchem er den Usufructus

311) L. 12. §. 2. L. 38. D. 7. 1. L. 29. D. 7. 4.

312) L. 38. 39. 40. D. 7. 1. Die Anschauung des älteren Rechtes ist am klarsten festgehalten in L. 29. pr. §. 1. D. 7. 4.

313) Pomponius weiß hier kein anderes Mittel, um die dos zurückzuerstatten, als Gestattung der Ausübung. L. 66. D. 23. 3. Weiter geht Marcellus in L. 57. D. 24. 3., indem er sagt, der Ehemann müsse mit Zustimmung des Proprietars auf seinen Usufructus verzichten und der Frau dann ein neuer Nießbrauch bestellt werden, oder der Ehemann müsse erklären, daß er sein Recht zu Gunsten der Frau aufgebe und dulden werde, daß sie den Fruchtgenuß ziehe. Hiernach verliert der Mann sein dingliches Recht, während nach Pomponius es bei ihm zurückbleibt.

legirt, die Restitution desselben an einen Dritten auferlegt[314]). Die bisherigen Ausführungen ergeben ein ganz anderes Resultat, als dasjenige, welches die heutige Doctrin hinsichtlich der Lehre von der Uebertragbarkeit des Usufructus aufstellt, und welches auf den Satz hinauskommt, der Usufructus könne nicht dem Rechte nach, sondern nur der Ausübung nach übertragen werden[315]).

3) Einzelne Uebertragungsarten[316]). Der Kauf des Usufructus ist im allgemeinen wie der Kauf einer körperlichen Sache zu behandeln. Die Anfechtbarkeit eines solchen wegen enormer Verletzung auszuschließen, dazu kann die Ungewißheit der Dauer des Lebens des Usufructuars nicht berechtigen, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß der Werth des Usufructus eben wegen dieser Ungewißheit im voraus sich nicht wohl feststellen läßt und der Kauf eines solchen gewissermaßen als ein Hoffnungskauf erscheint. Denn auch der Erfolg der Kaufgeschäfte, wodurch Sclaven oder Vieh erworben werden, hängt ebenfalls von der ungewissen Lebensdauer von Menschen und Thieren ab, und doch wird deren Anfechtbarkeit wegen übermäßiger Verletzung nicht bezweifelt. Die Anwendung der Regeln über enorme Verletzung wird aber in den einzelnen Fällen sehr schwierig dadurch werden, daß der Usufructus regelmäßig kein Gegenstand des Verkehrs ist, und es daher an einem im Verkehre anerkannten Werthe desselben fehlt. Dem Zwangsverkaufe im Concurse ist der Usufructus unterworfen[317]). Der einem Pupillen zustehende Nießbrauch kann nur mit obrigkeitlichem Decret verkauft werden[318]). Für die Eviction wird nach den davon geltenden Regeln gehaftet; doch ist das Erlöschen des Nießbrauches aus einem in der Natur dieses Rechtes liegenden Grunde kein Evictionsfall, wenn nicht Arglist des Verkäufers ihn hier zur Schadloshaltung verpflichtet. Die Schenkung eines Usufructus[319]) kann entweder das dingliche Recht selbst oder das Forderungsrecht auf Ausübung umfassen. Die Bestellung eines Nießbrauches zur dos kann so geschehen, daß der Nießbrauch selbst der Gegenstand sein soll, dessen Ertrag dem Manne zur Bestreitung der ehelichen Lasten dient, oder so, daß dieser Ertrag erst den eigentlichen Gegenstand der dos bilden soll, und demnach der Mann diesen Ertrag künftig restituirt und ihm nur die Zinsen

---

314) In L. 29. §. 2. D. 7. 4. von Ulpian zweifelt Pomponius, ob die Uebertragung des dinglichen Rechtes möglich sei; Marcellus hingegen geht weiter, schlägt aber einen anderen Weg ein, indem er das auf Herausgabe des Usufructus gerichtete Fideicommiß als Bestellung eines secundären Usufructus auffaßt und deshalb dem Fideicommissar eine selbstständige Klage auf den für ihn selbst bestellten Usufructus gestattet.

315) Dieser Satz ist aus den Schlußworten der L. 66. D. 23. 3. hervorgegangen.

316) Elvers a. a. O. S. 251—262.

317) L. 8. pr. D. 42. 5.

318) L. 3. §. 6. D. 27. 9.

319) L. 12. §. 2. L. 38. D. 7. 1.

desselben für immer zufallen[320]), wodurch indessen sein Verhältniß zu dem Nießbrauche während bestehender Ehe nicht berührt wird. Bei der Verpfändung des Nießbrauches kommen die allgemeinen Regeln über Verpfändung analog zur Anwendung; es hat demnach der Pfandgläubiger nie selbst den Nießbrauch, sondern nur das Recht, ihn zu seiner Befriedigung zu veräußern. Für den Fall der Vermiethung des Nießbrauches hat der Miether, wenn der Nießbrauch innerhalb der Miethzeit durch den Tod des Usufructuars erlischt, keinen Anspruch auf Entschädigung, selbst nicht wegen der in der Hoffnung, er werde die ganze Miethzeit die Ausübung behalten, zum eigenen Vortheil gemachten Verwendungen; er bezahlt vielmehr für die Zeit, wo er den Nießbrauch benutzt hat, einen verhältnißmäßigen Miethzins; nur wenn sich der Usufructuar bei der Vermiethung für den Eigenthümer ausgab, haftet er in solchen Fällen dem Miether[321]). Gegen die Möglichkeit der Bestellung einer Servitut an dem Usufructus, welche nur eine Personalservitut sein könnte, deren Bestellung aus dem allgemeinen Princip der Uebertragbarkeit des Nießbrauches von selbst folgen dürfte, scheint der allerdings zunächst nur für Servituten an Realservituten ausgesprochene Satz: servitus servitutis esse non potest, zu sprechen. Allein da der Nießbrauch unter Bedingungen und Zeitbestimmungen bestellt werden darf, so darf er auch unter solchen veräußert werden, und es kann demnach das Recht des Erwerbers speciell an seine Person geknüpft werden, und sein Tod oder seine capitis deminutio als Resolutivbedingung des Veräußerungsgeschäftes gelten. Hiernach muß auch die Bestellung einer solchen Afterservitut von Seiten des Usufructuars für zulässig geachtet werden. Damit steht in Widerspruch, daß nach ausdrücklicher Vorschrift[322]) der Eigenthümer nicht einmal mit Zustimmung des Usufructuars eine Servitut errichten kann, woraus mit Recht zu folgern wäre, daß auch der Usufructuar selbst keine Servitut auflegen könne. Der Grund dieser Vorschrift ist in Verschiedenem gesucht worden, insbesondre in dem Satze: servitus servitutis esse non potest, indem ja die durch den Usufructus schon veräußerte Befugniß noch einmal veräußert und also dem Usufructuar entzogen werde. In jenem Satze kann aber der Grund jener Vorschrift nicht gefunden werden, da die hier vom Proprietar zu bestellende Servitut, die nach dem Zusammenhange und dem gewöhnlichen Sinne des Ausdruckes servitus nur eine Realservitut sein kann, wenn sie einmal zugelassen wäre, über den Usufructus hinaus und unabhängig von diesem dauern, sie also, wäre sie eine Servitut an der Servitut, die belastete Sache (den Usufructus) überdauern würde, was aller römischen Rechtsanschauung widerspricht. Entschieden ist auch dagegen die Gleichstellung der Handlung, wodurch

320) L. 7. §. 2. D. 23. 3. L. 4. D. 23. 4.
321) L. 9. §. 1. D. 19. 2.
322) L. 15. §. 7. L. 16. D. 7. 1. Vgl. L. 17. D. eod.

der dem Usufructus unterworfene Grund und Boden locus religiosus wird, mit der Servitutbestellung und die Auffassung der Regel, wornach diese Handlung mit Einwilligung des Usufructuars wirksam sein soll, als einer nur favore religionis angenommenen Anomalie[323]), bei welcher von einer servitus servitutis nicht die Rede sein kann. Die Vorschrift, daß der Proprietar nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars eine Servitut bestellen könne, hängt mit einem im späteren Rechte weggefallenen Satze zusammen. Höchst wahrscheinlich gingen nämlich Servituten durch bloßen Verzicht nicht unter, wie später dargethan werden wird, sondern mußten durch in iure cessio an den Eigenthümer zurückübertragen werden. Das vom Ganzen geltende muß auch von den einzelnen Bestandtheilen gelten, und es konnte daher durch bloße Einwilligung eine in dem Usufructus enthaltene Befugniß nicht auf den Eigenthümer zurückübertragen werden, wie doch nöthig war, wenn dieser solche als eine andere Servitut einräumen wollte. Hiernach enthalten die fraglichen Stellen[324]) veraltetes und nur aus Versehen von den Compilatoren aufgenommenes Recht[325]). Es steht dieser Annahme umsoweniger ein Bedenken entgegen, als selbst, wenn man die Ansicht von der Entstehung dieser Sätze nicht theilt, im Justinianeischen Rechte dieselben unanwendbar geworden sind. Seitdem nämlich der Usufructus, wie andere Servituten, durch bloßen Vertrag oder höchstens durch hinzukommende Quasitradition entsteht, ist ein solcher Vertrag zwischen Proprietar und Usufructuar über Rückgabe eines Theiles des Servitutrechtes zum Zwecke der Verleihung an Andere so auszulegen, daß er womöglich erhalten werden kann. Erhalten wird er dadurch, daß er als Verzicht auf die zeitherige Servitut, verbunden mit Bestellung eines neuen um die fragliche Befugniß verringerten Usufructus, aufgefaßt wird; die etwa noch erforderliche Quasitradition läge darin, daß der Usufructuar durch Ertheilung seiner Einwilligung die Detention der dienenden Sache nicht verliert und der Proprietar demnach sofort die Ausübung des neuen geschmälerten Usufructus geschehen läßt; es würde eine quasi traditio brevi manu sein.

VI. Servitutähnliche Verhältnisse. 1) Servituten durch prätorischen Schutz[326]). Der in den einzelnen Instituten so häufig vorkommende Gegensatz zwischen dem vom Civilrechte anerkannten ius und dem factischen Verhältnisse, welches die mit der Jurisdiction beauftragten Magistrate, durch neuere Rechtsanschauungen geleitet, durch Verleihung von Klagen und Einreden geschützt haben, tritt auch auf dem Gebiete der Servituten hervor. Wie es neben dem

---

323) L. 17. D. 7. 1.

324) L. 15. §. 7. L. 16. 17. D. 7. 1.

325) Vgl. Zachariä von Lingenthal, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. XIV, S. 133.

326) Elvers a. a. O. S. 262—267.

dominium ex iure quiritium ein nur durch den Prätor geschütztes in bonis esse gab, so kamen neben den servitutes iure civili constitutae auch andere servitutähnliche Verhältnisse vor, welche man auch wohl als servitutes tuitione praetoris constitutae bezeichnete. Allein der bei dem Eigenthum hinsichtlich der Bezeichnung der zum Schutze desselben gegebenen Klagen und hinsichtlich anderer materieller Folgen bestehende praktische Unterschied, welcher es ermöglichte, daß beide Arten des Eigenthums gleichzeitig verschiedenen Personen an derselben Sache zustehen konnten, kommt in dieser Art bei den Servituten nicht vor. Der Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Rechte zeigte sich in folgenden Beziehungen: a) Der Inhalt der Servituten konnte, da das Civilrecht die Freiheit in der Errichtung der Servitut anerkannt hatte, und jede beliebige Befugniß nach dem Civilrechte begründet werden konnte, durch das prätorische Recht nur wenig erweitert werden. Nur mehrere für die Wasserleitungsservitut im älteren Rechte vorhandene, nicht im Wesen der Servitut liegende Beschränkungen fanden später keine Anerkennung mehr, waren aber doch noch soweit wirksam, daß man in den betreffenden Fällen eine servitus iure civili constituta nicht annahm [327]). Der praktische Unterschied zeigte sich nur in den Klagen, indem für die civilrechtlich begründete Servitut die actio confessoria directa, für die vom Civilrechte nicht anerkannte Servitut die actio confessoria utilis zustand und in der Beschränkung der Interdicte de aqua quotidiana et aestiva und de fonte auf die civilrechtlich anerkannte, aus dem caput abgeleitete Wasserleitung [328]). b) Die Errichtung der Servituten wurde durch das prätorische Recht sehr erweitert, indem es hier mehrere dem Civilrechte unbekannte Errichtungsarten schuf, so die quasi traditio oder patientia [329]), den langjährigen Gebrauch [330]), das Fideicommiß [331]), und nach Einiger Ansicht bei Provinzialgrundstücken auch den bloßen Vertrag [332]). Die auf diese Weise entstandene Servitut wurde durch eine confessoria actio utilis geschützt [333]); nur hatte derjenige, welcher die Servitut durch quasi traditio oder patientia erworben hatte, die publiciana in rem actio anzustellen [334]), welche jedoch, wenn die Tradition vom wahren Eigenthümer ausgegangen war, mit der actio confessoria utilis von gleichem Erfolge war. Abgesehen von diesen Klagen haben diese servitutes tuitione praetoris constitutae ganz dieselben Wirkungen, wie die civilrechtlich anerkannten, und es findet sich dies in

---

327) L. 2. D. 8. 4.
328) L. 1. §. 7. D. 43. 20.
329) L. 1. §. 2. D. 8. 3. L. 11. §. 1. D. 6. 2. L. 1. pr. D. 7. 4. L. 3. D. 7. 6.
330) L. 10. D. 8. 5. L. 1. §. 23. D. 39. 3.
331) L. 9. pr. §. 1. D. 7. 9.
332) Gai. Inst. Comm. II. §. 31. vgl. mit L. 3. C. III. 34.
333) L. 10. D. 8. 5.
334) L. 11. §. 1. D. 6. 2.

den Quellen für einzelne Wirkungen ausdrücklich ausgesprochen[335]). Der Unterschied beider Arten ist im späteren Rechte nur ein historischer, ohne irgend eine praktische Bedeutung. c) Auch hinsichtlich der Frage, wer eine Servitut bestellen könne, ging das prätorische Recht über das Civilrecht hinaus. Der Prätor schützte nämlich auch die von dem bonitarischen Eigenthümer errichteten Servituten, und seit die Publicianische Klage auf die Servituten Anwendung fand, lag es in dem Wesen der Klage, daß jede durch Tradition von Seiten eines Inhabers der dienenden Sache entstandene Servitut gegen Jeden geschützt wurde, welcher kein besseres Recht hatte. Auch der Superficiar erhielt durch das prätorische Recht die Befugniß zur Errichtung von Servituten an der superficies, welche durch actiones utiles nach dem Beispiele der ipso iure constituirten geschützt werden, sowie auch das interdictum de superficiebus utile hier stattfindet[336]). Hört das superficiarische Recht aus einem schon zur Zeit der Servitutbestellung im Keime vorhandenen Grunde auf, so erlöschen auch die vom Superficiar bestellten Servituten.

2) Servitutähnliche Rechte an öffentlichen Sachen[337]). Obwohl die Servituten im römischen Rechte ausschließlich als in das Gebiet des Privatrechtes gehörig betrachtet, und Rechte, welche der Staat kraft der Staatshoheit, oder die Gemeinden infolge ihrer politischen Stellung, oder Staats- oder Gemeindeangehörige als solche an Sachen der Privatpersonen haben, ebensowenig unter den Gesichtspunkt einer Servitut gebracht werden, als Rechte einzelner Privatpersonen an den dem Verkehre entzogenen Sachen, so stehen doch diese Rechte, deren Charakter auch im römischen Rechte häufig ganz privatrechtlich ist, mit den Servituten in naher Beziehung und werden in Ansehung ihres Subjectes, ihrer Dauer und ihres Inhaltes häufig wie Servituten behandelt. Zuvörderst sind hier die Sachen auszuscheiden, welche nicht zum allgemeinen Gebrauche dienen, sondern für Rechnung des Staates verwaltet werden, und deren Ertrag zu öffentlichen Zwecken verwendet wird. Sie werden als res quasi propriae et privatae principis bezeichnet[338]). Sowie ihre Rückkehr in den Privatverkehr durch Veräußerung unter Beobachtung der vorgeschriebenen Formen möglich ist, so können sie auch, ohne daß sie dadurch ihren sonstigen Charakter einbüßen, in der verschiedenartigsten Weise belastet werden. Solche Rechte an fiscalischen Sachen werden ausdrücklich als Servituten bezeichnet[339]). Für

---

335) Vgl. L. 1. pr. D. 7. 4. L. 3. D. 7. 6. L. 9. §. 1. D. 7. 9. L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 5. §. 3. D. 43. 19.

336) L. 1. §. 9. D. 43. 18.

337) Elvers a. a. O. S. 267—281.

338) L. 2. §. 4. D. 43. 8.

339) L. 23. §. 2. D. 8. 3. Sie unterschieden sich von Servituten an Privatsachen nur dadurch, daß sie gegen den Eigenthümer der dienenden Sache nicht vor den gewöhnlichen Gerichten, sondern vor besonders dazu bestellten

die zum allgemeinen Gebrauche bestimmten Sachen scheint die Auffassung derselben als Eigenthum des Staates und der Verfügung der Staatsgewalt unterworfen der älteren Zeit fremd gewesen zu sein, vielmehr in dieser die erste natürliche Anschauung gegolten zu haben, daß das, was Alle benutzen, auch Allen gehöre, ohne daß man deshalb die Gesammtheit als eine ideale Person auffaßte [340]). Es kann aber ein solches Gesammteigenthum einer unbegrenzten Anzahl und deshalb von ungewissen Theilen nur dann Allen Nutzen bringen, wenn Jedem nur solche Handlungen an gemeinsamen Sachen gestattet sind, welche den ordnungsmäßigen Gebrauch Anderer nicht hindern oder doch ihrem vom Anfang an bestimmten Zwecke entsprechen; wenn man innerhalb dieser Grenzen bleibt, so hat ein anderer später Kommender soweit mit seinem Anspruche auf Benutzung nachzustehen; bei Ueberschreitung dieser Grenzen oder bei Beschädigung oder unrechtmäßiger Erschwerung des Gebrauches der Sache werden nach dieser älteren Anschauung nicht die Rechte des Staates, sondern dessen, welcher am Gebrauche verhindert wird, als verletzt angesehen [341]), und durch Beschädigung von Wegen, Flüssen und Cloaken werden sogar die Rechte aller jener einzelnen Bürger als unmittelbar verletzt betrachtet, daher auch allen diesen noch im späteren Rechte eine Klage (die popularia interdicta) vor den gewöhnlichen Gerichten zusteht [342]). Befugnisse, welche außerhalb des allgemeinen Gebrauchsrechtes liegen, konnten an öffentlichen Sachen in älterer Zeit Privatpersonen nur durch einen Volksschluß, später durch Senatsschluß, endlich, als der Kaiser alle Gewalt in sich vereinigt hatte, durch kaiserliche Verleihung erwerben [343]), also durch einen Act der Staatsgewalt. Mit der Verleihung durch die Staatsgewalt hatte vielleicht unvordenklicher Besitz gleiche Wirkung. Das auf solche Weise von einer Privatperson erworbene Recht war ein wirkliches dingliches Recht an der Sache selbst, ein proprium ius [344]), was gleich den Servituten entweder blos der Person des ersten Erwerbers zustehen oder untrennbar mit einem Grundstücke verknüpft sein kann [345]). Es kommen aber auch Berechtigungen an öffentlichen Sachen vor, welche frei veräußerlich, vielleicht auch vererblich waren, und daher wohl mehr der Superficies oder

---

Beamten durchgefochten werden konnten. Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 269 flg.

340) Etwas Aehnliches findet sich in der Besitzlehre. L. 1. §. 22. D. 41. 2. L. 5. §. 15. D. 13. 6.

341) Deshalb stehen ihm die in den Digesten lib. 43. tit. 8. 11. 14. 15. ersichtlichen Interdicte zu.

342) So die Interdicte in den Digesten lib. 43. tit. 12. 13. 23. und in L. 1. §. 20. 35. D. 43. 8.

343) Vom Volksschluß redet der Prätor in seinem Edicte L. 2. pr. D. 43. 8. Ebenso vom Senatsschlusse und kaiserlicher Verleihung. Vgl. ebd.

344) L. 17. D. 8. 3. L. 14. D. 47. 10.

345) L. 1. §. 43. D. 43. 20.

Emphyteuse, als den Servituten nachgebildet waren [346]). Eine Klage wegen solcher Befugnisse gegen die Gesammtheit des Volkes, später gegen den Kaiser und seine Beamten als Vertreter des populus war undenkbar. Aber auch gegen Dritte, welche die Ausübung der Befugniß verhindern, fand keine dingliche Klage statt; wenigstens wird uns keine geeignete Formel überliefert, noch eine solche Klage erwähnt; vielmehr wird von dem Interdicte zum Schutze des Rechtes, aus öffentlichen Wasserleitungen Wasser abzuleiten, ausdrücklich gesagt, daß durch dasselbe die ganze Rechtsfrage über das Dasein der Befugniß entschieden werde [347]). Dagegen wurden diese Rechte an öffentlichen Sachen durch Interdicte in demselben Umfange geschützt, wie die Servituten, indem, nach Analogie der Interdicte zum Schutze der servitus aquaeductus und cloacae, Interdicte zum Schutze der Rechte an öffentlichen Wasserleitungen oder an den auf öffentlichen Grund und Boden geführten Privatwasserleitungen und Cloaken stattfanden [348]), für die anderen Fälle aber die Ausübung durch das interdictum uti possidetis geschützt wurde [349]).

3) Servitutähnliche Rechte der Gesammtheit an Sachen von Privatpersonen [350]). Sowie es nach der römischen Anschauung Sachen gab, welche der Gesammtheit aller Rechtssubjecte gehörten, so kommen auch Sachen vor, welche im Privateigenthum standen, woran aber die Gesammtheit ein bestimmtes Gebrauchsrecht hatte, die nach der Ausdrucksweise der Quellen in usu publico waren. Auch für diese in usu publico befindlichen Sachen von Privaten haben die römischen Juristen den Gesichtspunkt einer Servitut zu Gunsten der Gesammtheit nicht hervorgehoben, sondern die Folgen dieses Rechtsverhältnisses hingestellt, ohne es weiter zu analysiren. Der Grund davon liegt wohl darin, daß die römische Rechtswissenschaft die Eintheilung ihres Systems immer auf die Klagen, welche aus dem betreffendem Rechtsverhältnisse entspringen, gründete, und nur um dieser Klagen willen eine Systematisirung vornahm. Zum Schutze des usus publicus sowohl an den dem Eigenthum nach öffentlichen, als an den im Privateigenthum befindlichen Sachen fand eine Reihe besonderer Interdicte statt, bei welchen über das Dasein des usus publicus zu entscheiden war; ferner stand zum Schutze der Ansprüche der Einzelnen an diesen Sachen

---

346) L. 32. D. 18. 1.

347) L. 1. §. 45. D. 43. 20. Hätte daneben eine dingliche Klage bestanden, so hätte es nicht eines so weit greifenden Interdictes bedurft.

348) L. 1. §. 38. 41. D. 43. 20. L. 3. §. 4. D. 43. 21. L. 1. §. 9. D. 43. 23.

349) L. 14. D. 47. 10. Das hier erwähnte maris proprium ius bedeutet nicht das Eigenthum an Meerestheilen, welches durch Baue für die Dauer der Bauwerke erworben wird (L. 6. pr. D. 1. 8. L. 14. pr. L. 50. D. 41. 1.), wofür schon der Ausdruck ius als Bezeichnung des Eigenthums auffallend wäre.

350) Elvers a. a. O. S. 281—288.

die Injurienklage zu, weil man eine Störung in der Benutzung derselben als eine Verletzung der unmittelbar aus der Persönlichkeit fließenden Rechte und mithin dieser Persönlichkeit selbst auffaßte[351]); endlich brachten in manchen Fällen die Magistrate vermöge ihrer Strafgewalt die Rechte der Gesammtheit unmittelbar zur Anerkennung. Die mit den Servituten verbundene Klage war daher für diese Verhältnisse überflüssig und ist daher auch nicht darauf angewendet worden. Nur ein einziges solches Rechtsverhältniß läßt sich aus der Justinianeischen Rechtssammlung sicher erkennen, und dieses ist das Gebrauchsrecht an dem Ufer eines öffentlichen Flusses. Nach den hierher gehörigen Stellen[352]) befindet sich das Ufer im Privateigenthum, und deshalb gehören dem Eigenthümer die darauf stehenden Bäume. Daneben findet aber ein usus publicus statt, bestehend in einer Menge von Handlungen, welche Jeder behufs der Schifffahrt, des Fischfanges oder der Viehtränke auf dem Ufer vornehmen darf, gleichsam als ob ihm für seine Person eine darauf gerichtete Servitut an der fremden Sache zustände. Derjenige, welcher daran verhindert wird, hat das ausdrücklich auch hierauf gerichtete Interdict ut in flumine publico navigare liceat[353]); und zur Verhinderung von dort unternommenen Vorrichtungen, wodurch das allgemeine Benutzungsrecht für die Zukunft gefährdet wird, steht Jedem aus dem Volke das prohibitorische Interdict ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur, sowie das restitutorische Interdict quod in flumine publico ripave eius fiat zu u. s. w.[354]). Wenn auch in der Justinianeischen Rechtssammlung kein weiteres solches Rechtsverhältniß vorkommt[355]), so werden doch in anderen Schriftstellern noch manche derartige Rechtsverhältnisse erwähnt. So mußte der Eigenthümer öffentliche Cloaken auf seinem Grundstücke dulden und durfte deren Benutzung in keiner Weise erschweren oder hindern; widrigenfalls fand gegen ihn, wie gegen jeden Dritten, das prohibitorische und restitutorische Interdict quod in cloaca publica u. s. w. statt[356]). Eine andere Befugniß der Gesammtheit an den Grundstücken von Privaten erwähnt **Frontinus**[357]); nur hat diese mehr den Charakter einer Realservitut und es steht nicht sofort Jedem aus dem Volke die Ausübung zu, sondern die Befugniß soll zunächst einer bestimmten der Gesammtheit gehörigen Sache zu Gute kommen und kann daher nur

---

351) Arg. L. 13. §. 7. D. 47. 10.

352) §. 4. Inst. II. 1. L. 5. D. 1. 8. L. 15. D. 41. 1. L. un. §. 8. D. 43. 14.

353) L. un. pr. D. 43. 14.

354) L. 1. pr. §. 19. D. 43. 12.

355) Daß das in L. 13. §. 1. D. 8. 4. berührte Herkommen nicht hierher gehört, darüber s. **Elvers** a. a. O. S. 283 flg.

356) L. 1. §. 15. D. 43. 23. Vgl. über das Interdict **Schmidt** von **Ilmenau**, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. XV, S. 51—89.

357) **Frontinus**, de aquaeductibus c. 124. 125.

von demjenigen ausgeübt werden, welcher den Ertrag auf diese Sache verwenden darf[358]).

4) **Precarium an einzelnen Eigenschaften der Sache**[359]). Den Servituten in der äußeren Erscheinung gleich ist das Verhältniß, welches dadurch entsteht, daß der Eigenthümer die Benutzung einzelner Eigenschaften seiner Sache, wie sie den Inhalt von Servituten zu bilden pflegen, Jemandem auf sein Ansuchen, precario, gestattet. Aber nur die äußere Erscheinung, das Handeln auf fremdem Grund und Boden oder mit der fremden Sache, ist in beiden Verhältnissen gleich; sonst ist ein solches Precarium ebenso von der Servitut verschieden, wie das auf Ueberlassung der ganzen Sache gerichtete Precarium vom Eigenthum; es ist nämlich in beiden Fällen kein dingliches Recht vorhanden. Daher kann man eigentlich auch nicht von einer precario constituirten Servitut oder dem Precarium an einem Rechte reden, obwohl diese ungenaue Ausdrucksweise auch den römischen Juristen nicht fremd ist[360]). Der äußeren gleichen Erscheinung wegen sind jedoch dem Precarium an einer einzelnen Befugniß mit den Servituten alle die Folgen gemein, welche schon an die äußere Erscheinung derselben geknüpft sind, d. h. wer infolge eines solchen Precariums bestimmte Eigenthumsbefugnisse ausübt, genießt gegen Störungen der Ausübung von Seiten derjenigen, von denen das Precarium nicht ertheilt ist, Schutz in derselben Weise, als ob er vermöge einer Servitut handele. Auch von Seiten des Servitutberechtigten kann da, wo eine Ueberlassung der Servitut an Andere überhaupt möglich ist, eine precäre Ueberlassung der Servitut geschehen[361]).

5) **Verhältniß der Servituten zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums an einem Grundstücke zu Gunsten eines benachbarten Grundstückes**[362]). Dem Eigenthum einer Sache legt das Recht häufig aus politischen Gründen gewisse Lasten auf, die den Inhaber verpflichten, entweder a) gewisse positive Handlungen vorzunehmen, z. B. Abgaben zu zahlen, Wassergräben rein zu halten, unter gewissen Bedingungen Land zu öffentlichen Wegen herzugeben, oder b) die Vornahme gewisser auf seine Sache einwirkender Handlungen Dritter zu dulden, z. B. das Abholen der übergefallenen Früchte in bestimmten Zeitabschnitten von Seiten des Nachbars, das Abhauen der beschattenden Baumzweige von Seiten des

---

358) Nach einem von Frontinus a. a. O. erwähnten Senatsschluß nämlich dürfen die mit Herstellung bestimmter Wasserleitungen Beauftragten für immer aus den Privatgrundstücken das nöthige Material entnehmen, und um solches an Ort und Stelle bringen zu können, stehen ihnen gegen eine durch Schätzung zu bestimmende Entschädigung actus und itinera über alle Grundstücke offen.

359) Elvers a. a. O. S. 289—291.

360) L. 2. §. 3. L. 15. §. 2. D. 43. 26.

361) S. Elvers a. a. O. S. 290 flg.

362) Elvers a. a. O. S. 291—296.

Nachbars nach vergeblicher Mahnung u. s. w. oder c) sich selbst gewisser Handlungen, welche der Natur nach an seiner Sache möglich sind, zu enthalten, z. B. der Errichtung von Bauten, welche den Luftzug der Tenne des Nachbars verhindern, aller Vorrichtungen, welche den natürlichen Lauf des Regenwassers hindern u. s. w. Nur die beiden letzteren Klassen sind eigentliche Beschränkungen des Eigenthums, und nur bei ihnen kann der Anspruch auf diese Eigenthumsbeschränkung denselben Charakter, wie die Servitut haben, und eben auch nur, soweit sie nicht im öffentlichen Interesse, sondern lediglich zu Gunsten des benachbarten Grundstückes aufgestellt sind, so daß Verfügung der Betheiligten sie aufheben kann. Diese gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind nun den Servituten sehr ähnlich; wenn sie aber doch dem Servitutengebiete nicht zugewiesen sind, so liegt der Grund hier wieder darin, daß nach römischer Anschauung allein die aus einem Rechtsverhältnisse entspringende Klage den Charakter eines Rechtes bestimmt, diese Klage aber in den einzelnen der angeführten Fälle eine ganz verschiedene ist, und nie die confessorische Servitutenklage.

6) **Verhältniß der Servituten zu den übrigen dinglichen Rechten an fremden Sachen**[363]. Der Unterschied der Servituten vom Pfandrechte besteht darin, daß die Servituten nicht die körperliche Sache zu ihrem Gegenstande haben, sondern nur eine einzelne scharf umgrenzte Eigenschaft derselben zu diesem Zwecke als eine eigene Sache fingirt wird; das Pfandrecht dagegen, soweit es körperliche Sachen betrifft und soweit daher von einer Aehnlichkeit mit den Servituten die Rede sein könnte, hat mit dem Eigenthum denselben Gegenstand, und umfaßt, wie das Eigenthum, die ganze körperliche Sache; es führt deshalb dessen Ausübung zur Aufhebung des jetzigen Eigenthums und verändert das ganze rechtliche Schicksal der Sache, während Eigenthum und Servitut an einer Sache nur insofern im Zusammenhange stehen, als die Gegenstände beider Rechte in demselben Körper zusammentreffen. Der Unterschied der Servituten von der Emphyteusis besteht nicht blos in der Verschiedenheit des Umfanges beider Rechte, sondern auch darin, daß die Emphyteusis ebenfalls nicht eine einzelne Eigenschaft ergreift, wie die Servituten, sondern die ganze körperliche Sache zu ihrem Gegenstande hat[364]. Der nahe liegenden Vermuthung, daß die rechtliche Natur der Superficies der der Emphyteusis gleich sei, und daher auch derselbe Unterschied von den Servituten stattfinde, scheint zu widersprechen, daß der Eigenthümer für die Dauer der Sache ungeachtet der bestehenden Superficies den Besitz an der Sache behält, daß er gegen jeden Dritten das Interdict uti possidetis mit Erfolg anstellen kann[365] und also die Sache nur insoweit nicht

---

363) Elvers a. a. O. S. 296—310.
364) Siehe die weitere Ausführung bei Elvers a. a. O. S. 298—306.
365) L. 3. §. 7. D. 43. 17.

benutzen darf, als der Superficiar sie benutzt. Dennoch hat die Superficies nicht eine einzelne Eigenschaft der Sache zum Gegenstande; sie umfaßt vielmehr einen körperlichen Gegenstand; denn die von den römischen Juristen als in rem actio bezeichnete dingliche Klage des Superficiars wird als eine utilis corporis vindicatio charakterisirt[366]; auch hat er das Recht zur Geltendmachung der Servituten des superficiarischen Grundstückes mit der Servitutenklage gleich dem Emphyteuta[367]. Wie es vermieden wurde, daß man ein Recht zweier in solidum auf dieselbe Sache und einen Besitz zweier in solidum auf dieselbe bei dem Eigenthümer und dem Superficiar nicht annahm, obgleich beiden ein Recht an dem Körper der Sache zusteht, obgleich der Eigenthümer den Besitz der Sache behält und auch der Superficiar nicht nur schlechtweg als possessor der Sache bezeichnet wird[368], sondern, auch wenn sein Recht wirklich auf den Körper der Sache geht, auch sein Besitz dieses Rechtes Besitz der Sache sein muß, das wird durch den Sprachgebrauch angedeutet, welcher auch die Auffassung dieses Institutes als eines Rechtes auf eine körperliche Sache bestätigt. Superficies heißt nämlich zunächst der obere Theil einer Sache, und insbesondre das Gebäude im Gegensatze zu dem Grund und Boden (solum), auf welchem es steht. Nach strengem Rechte war nur an dem Gebäude allein kein Eigenthum möglich, und es wird darauf in Bezug auf die Superficies besonders aufmerksam gemacht[369]. Wie man aber behufs der Servitutserrichtung eine Eigenschaft der Sache als selbstständige Sache fingirte, so fingirte hier der Prätor einen körperlichen Theil der Sache, das Gebäude, als selbstständige Sache, an welcher eine besondere Herrschaft bestehen sollte, und da eine Aufhebung des alten civilrechtlichen Satzes, daß das Gebäude dem Grund und Boden folge, nicht möglich war, und daher das Eigenthum desselben immer nominell dem Grundeigenthümer bleiben mußte, so gab die Wissenschaft dieser Herrschaft den Namen Superficies, der im prätorischen Edicte noch seine ursprüngliche Bedeutung hatte[370]. Der Grundeigenthümer behielt die Herrschaft über Grund und Boden, durfte sie aber, nach Analogie der Servituten, nicht ausüben, soweit dadurch der Superficiar in der Ausübung seiner Herrschaft über das Gebäude verhindert wurde. Darum werden in den Quellen immer Gebäude und Grund und Boden als verschiedene Sachen entgegengesetzt und es wird von einer superficies in alieno solo gesprochen[371]. Die Annahme eines besonderen Rechtes am Gebäude

---

366) L. 73. §. 1. L. 74. 75. D. 6. 1.
367) L. 3. §. 3. D. 39. 1.
368) L. 13. §. 3. D. 20. 1. L. 1. §. 1. D. 43. 18.
369) L. 2. D. 43. 18.
370) Vgl. L. 1. pr. §. 4. D. 43. 18.
371) L. 74. D. 6. 1. Vgl. auch Dig. lib. 43. tit. 18. und L. 9. §. 4. D. 39. 2.

und die Fiction desselben als einer selbstständigen Sache ist wohl nur aus historischen Gründen zu erklären [372]).

B. Einzelne überlieferte Servitutenbildungen. Da das römische Recht eine gänzliche Freiheit in der Errichtung der Servituten anerkennt, und nur der Wille der Constituenten für den Inhalt eines jeden Servitutenverhältnisses maßgebend ist, so haben die einzelnen in der Justinianeischen Rechtssammlung überlieferten Servitutenbildungen nur die Bedeutung, daß sie gesetzliche Auslegungsregeln für den Willen der Constituenten an die Hand geben, welche jedoch unmittelbar für uns nur da anwendbar sind, wo vorher die völlig gleiche Beschaffenheit aller Voraussetzungen dieser Auslegung in unserem Rechtsleben dargelegt und namentlich nachgewiesen ist, daß wir den Inhalt der Servituten mit Worten bezeichnen, welchen den bei den Römern üblichen Bezeichnungen völlig entsprechen.

I. Insbesondre Realservituten. 1) Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum. a) Verschiedene Auffassung dieses Unterschiedes [373]). Obwohl in den Quellen überall der Unterscheidung der Realservituten in servitutes oder iura praediorum urbanorum und servitutes oder iura praediorum rusticorum große Bedeutung beigelegt wird, so fehlt es doch an bestimmter und ausdrücklicher Angabe der charakteristischen Merkmale jeder dieser Klassen sowie des systematischen Zweckes der Eintheilung. Nicht blos den Compilatoren ist es zuzuschreiben, daß im achten Buche der Digesten nach dem kurzen allgemein gehaltenen Titel de servitutibus ein zweiter de servitutibus praediorum urbanorum, ein dritter de servitutibus praediorum rusticorum folgen, und dann im vierten Titel die communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum dargestellt werden; sie haben nur die in der römischen Rechtswissenschaft angenommene Eintheilung beibehalten. Denn die classischen Juristen stellen viele ihrer für alle Servituten bestimmten Regeln nur für diese beiden Klassen auf [374]), und benutzen diese demnach zur Umschreibung des allgemeinen Begriffes der Servituten und stellen diesen allgemeinen Begriff bisweilen als den Inbegriff jener beiden Arten dar [375]). Die in den Institutionen [376]) für die Gebäudeservituten gegebene Definition giebt nur ein äußeres Merkmal, nicht die etwa dieser Klasse eigenthümlichen Regeln an, wodurch eine selbstständige Stellung derselben im System gerechtfertigt würde; und auch dieses Merkmal ist so allgemein und doppelsinnig angegeben, daß Einige

372) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 309 flg.
373) Elvers a. a. O. S. 316—321.
374) L. 14. pr. D. 8. 1. L. 1. D. 8. 5.
375) L. 1. §. 1. D. 1. 8. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur. Vgl. §. 3. Inst. II. 2. L. 1. D. 8. 1.
376) §. 1. Inst. II. 3.

daraus entnehmen, die herrschende Sache müsse ein praedium urbanum sein, Andere dagegen, es müsse dies bei der dienenden Sache der Fall sein. Nur das ergiebt sich mit Bestimmtheit daraus, daß der Charakter eines dieser beiden Grundstücke den Charakter der Servitut bestimmt; ferner daß nicht die Lage in oder außer der Stadt für die Frage, ob das praedium ein urbanum oder rusticum sei, maßgebend ist, sondern daß, wie dies auch andere Stellen bestätigen 377), jedes auf dem Grundstücke stehende Gebäude dasselbe in dieser Beziehung zu einem praedium urbanum macht. Auch Theophilus hat keine schulgerechte Begriffsbestimmung. Die Frage nach dem Grunde und der Bedeutung der Eintheilung ist von den neueren Juristen auf die mannigfachste Art zu lösen versucht worden. In der Beziehung herrscht fast vollständige Uebereinstimmung, daß man für jede der beiden Klassen der Servituten in manchen Beziehungen verschiedene Rechtsregeln annimmt und damit dieser Eintheilung einen wirklich systematischen Werth beilegt. Die wichtigsten Unterschiede bestehen darin, daß nach der gewöhnlichen Annahme nur Rusticalservituten res mancipi sind, daß nur diese von dem Eigenthümer eines Grundstückes vor der Errichtung schon verpfändet werden können, was bei Urbanservituten nicht zulässig sein soll; daß zum Untergange der Rusticalservituten bloßer Nichtgebrauch während einer bestimmten Zeit genügt, während bei Urbanservituten noch usucapio libertatis hinzukommen muß; endlich soll, wenigstens nach der Ansicht Einiger, die Aufhebung von Urbanservituten nur durch Bestellung einer Servitut des entgegengesetzten Inhaltes zu Gunsten des bisher dienenden Grundstückes möglich gewesen sein. Ueber die verschiedenen von der Eintheilung abhängenden Folgen war man ziemlich einstimmig; über die Grenze zwischen beiden Klassen war aber große Meinungsverschiedenheit sowie über das Unterscheidungsmerkmal. Die gemeine schon in der Glosse vorgetragene Meinung 378) läßt den Charakter der Servitut durch das herrschende Grundstück bestimmen, so daß, wenn dieses ein Gebäude ist, die Servitut eine städtische, sonst eine ländliche sei. Andere machen es von der Beschaffenheit des dienenden Grundstückes abhängig, welcher Klasse die Servitut zufalle 379), und berufen sich deshalb auf eine Stelle, wo die Wasserleitung durch ein Haus für eine städtische Servitut erklärt wird 380), sowie auf andere, worin die servitus itineris, welche gewöhnlich rustica ist, für eine urbana erklärt wird, wenn sie durch ein Haus gestattet werde 381); endlich darauf, daß

377) L. 1. D. 8. 4. L. 198. D. 50. 16.

378) Ueber diese und die folgenden Ansichten vgl. die literarischen Nachweisungen bei Glück, Erl. der Pand. Bd. IX, S. 21 flg. und Zachariä von Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelberg 1844.

379) S. die Citate bei Glück a. a. O. S. 22, N. 59.

380) L. 11. §. 1. D. 6. 2.

381) L. 7. §. 1. L. 14. D. 8. 4.

die von Paulus aufgestellte Behauptung: Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt[382]), nur in Bezug auf das dienstbare Grundstück verstanden werden könne. Noch Andere verlangen zu einer städtischen Servitut, daß beide Grundstücke städtische seien. Die Bestimmung des Unterschiedes in dieser Weise machte es schwierig, einen genügenden inneren Grund für die principiellen Verschiedenheiten aufzufinden, welche doch zwischen beiden Klassen angenommen wurden; die Wirkungen derselben Servitut mußten andere sein, je nachdem sie in Bezug zu einem städtischen oder einem ländlichen Grundstücke stand; selbst durch die Errichtung eines Gebäudes auf dem den Charakter der Servitut bestimmenden Grundstücke nach der Servitutbestellung mußte sich ihre Natur verändern. Dies führte dazu, daß man, da in den Quellen manche Servituten bestimmt als ländliche bezeichnet werden, während man doch die Möglichkeit ihres Vorkommens auch in Bezug auf städtische Grundstücke nicht leugnen konnte und umgekehrt, zur Aufstellung einer eigenen Klasse von servitutes irregulares für solche Bildungen seine Zuflucht nahm, wobei man aber darüber uneinig war, ob für diese die für die regelmäßige Form geltenden Regeln auch maßgebend seien, oder ob der in diesem einzelnen Falle angenommene verschiedene Charakter nun auch in aller Beziehung durchgeführt werden müsse. Der dagegen von anderen neueren Juristen eingeschlagene Weg beruht auf der Erwägung, daß unmöglich die verschiedenen auch nach ihrer Ansicht hinsichtlich beider Klassen geltenden Rechtssätze von dem rein äußerlichen und zufälligen Umstande, ob ein Gebäude auf dem herrschenden, bezüglich auf dem dienenden Grundstücke stehe, abhängig sein können; sie haben sich daher bemüht, ein inneres in dem Wesen der Servitut begründetes Unterscheidungsmerkmal aufzufinden, welches dann ein für allemal darüber entscheidet, ob eine Servitut der einen oder anderen Klasse angehöre. Nach einer Ansicht sind städtische Servituten die, welche ohne Gebäude nicht bestehen können, gleichviel ob das herrschende oder das dienende oder beide Grundstücke Gebäude sein müssen; ländliche Servituten die, welche auch zwischen leeren Grundstücken möglich sind[383]). Nach einer anderen Ansicht sind solche Servituten, welche den Berechtigten zur Vornahme einzelner positiver Handlungen auf dem dienenden Grundstücke ermächtigen (servitutes faciendi) ländliche, städtische dagegen die, welche ihn zum dauernden Innehaben einer Vorrichtung oder zur Untersagung bestimmter Handlungen auf dem fremden

---

382) L. 3. D. 8. 1.

383) Diese Ansicht stellt auf von der Pfordten, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXII, S. 6—31. Ihm folgt im Wesentlichen Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. I, S. 567 nur mit der Abweichung, daß dieser noch ein allgemeineres Unterscheidungsmerkmal annimmt, beruhend auf dem Gegensatze der servitutes praediorum, quae in solo consistunt, und quae in superficie consistunt in L. 3. D. 8. 1. und der in L. 20. D. 8. 2. angedeuteten Eigenthümlichkeit der letzteren: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur.

Gebiete ermächtigen (servitutes habendi und prohibendi) [384]), so daß die Bezeichnung jeder Klasse nur dadurch erklärt wird, daß die sog. städtischen Servituten zufällig bei städtischen Grundstücken besonders üblich gewesen seien. Während alle diese Erklärungsversuche davon ausgehen, daß zwischen beiden Klassen von Servituten principielle Verschiedenheiten stattfinden, ist dies von Zachariä von Lingenthal [385]) geleugnet worden, welcher die sonst der ganzen Klasse zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten auf einzelne besonders privilegirte Arten beschränkt, im übrigen aber völlige Gleichheit der Grundsätze zwischen städtischen und ländlichen Servituten annimmt. b) Angeblicher Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten hinsichtlich der Zulässigkeit der Verpfändung durch den Eigenthümer der zu belastenden Sache vor ihrer Errichtung [386]). Nach der älteren Ansicht ist die Verpfändung der ländlichen Servituten zulässig, die der städtischen unmöglich, und weiter der Pfandgläubiger (oder, weil nur Grundstücke Subjecte von Realservituten sein sollten, ein praedium vicinum desselben) als das eigentlich berechtigte Subject anzusehen, so daß in dem Pfandverkaufe eine ausnahmsweise zugelassene Veräußerung der Realservitut von Seiten des Servitutberechtigten zu erblicken wäre. Diese Ansicht hat mit Erfolg Büchel bestritten [387]) und sie kann jetzt wohl allgemein als aufgegeben betrachtet werden, obwohl die neueren Ansichten darüber, worin eine solche Verpfändung besteht und wieweit sie zulässig sei, sehr von einander abweichen [388]). Betrachtet man zunächst die zu den verschiedenen Zeiten den Römern bekannten einzelnen Verpfändungsformen, so kann die Anwendbarkeit der ältesten derselben, der fiducia, auf Realservituten nicht deshalb geleugnet werden, weil bei Realservituten ein Endtermin nicht beigefügt werden könne [389]); denn auch bei der fiducia an körperlichen Sachen wurde das Eigenthum derselben ohne Zeitbegrenzung übertragen und es wurde nur bei der Cession oder Mancipation das pactum fiduciae über Restitution nach Tilgung der Pfandschuld abgeschlossen. Eine solche per=

---

384) Diese Ansicht hat Stever, de servitutibus praediorum. ed. nov. Rost. 1820. p. 31—53 aufgestellt und Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 796—801, 6. Aufl. zu der seinigen gemacht.

385) In der Note 378 angeführten Abhandlung.

386) Elvers a. a. O. S. 321—345.

387) Büchel, über iura in re und deren Verpfändung in den civilrechtl. Erört. Bd. I, S. 281—475.

388) Ausführlich haben diese Fragen erörtert Sintenis, Pfandrecht S. 121 flg., von der Pfordten, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXII, S. 26 flg. und die Revision dieses Aufsatzes von Sintenis, in den krit. Jahrb. für teutsche RW. Bd. XIV, S. 979. Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 31 flg. und die Recension von Rudorff, in den civil. Jahrb. Bd. XV, S. 322 flg. Lang, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIX, S. 307 flg. Schmid, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. V, S. 324 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 920, 6. Aufl. Elvers a. a. O. S. 321 flg.

389) Darauf stützt es Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 72.

sönliche Verpflichtung konnte aber ebensowohl neben den Realservituten wie neben dem Eigenthum bestehen, nur band sie allein den Promittenten und dessen Erben, nicht die Singularsuccessoren im Eigenthum des herrschenden Grundstückes. Restituirt konnte eine so bestellte Servitut an den Besteller der fiducia allerdings nur werden, wenn er zur Zeit der Tilgung der Pfandschuld noch das Eigenthum der belasteten Sache hatte; allein war dies nicht der Fall, so war die Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Besteller selbst verschuldet, und er konnte ja durch Cession der Forderung auf die Restitution bei Veräußerung des Grundstückes an dessen Erwerber die ewige Dauer der blos zeitweilig bestellten Servitut verhindern. Im neueren Rechte wird dies schon dadurch erreicht, daß die den Servituten beigefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen mit einem Exceptionsschutze versehen sind, so daß jeder Eigenthümer des belasteten Grundstückes jedem Inhaber der Servitut die Ausübung verbieten kann, sobald die Pfandschuld zur gehörigen Zeit getilgt ist. Die fiducia ist im neuesten römischen Rechte hinsichtlich der körperlichen Sache außer Gebrauch gekommen; dennoch konnte selbst nach Wegfall der Mancipation und in iure cessio, mit welcher sie ursprünglich zusammenhing, dasselbe Resultat auch bei den an die Stelle jener älteren getretenen Eigenthumsübertragungsarten dadurch erreicht werden, daß man das pactum fiduciae seitdem in eine klagerzeugende Form kleidete. Dies galt noch in größerem Umfange von der fiducia an Servituten; nur ist eine solche Bestellung einer Servitut, sei ihr die Resolutivbedingung beigefügt, daß sie mit der Zahlung erlischt, oder sei sie mit der Verpflichtung verbunden, daß sie dann restituirt werden muß, keine Verpfändung, kein pignori und hypothecae dare, wie sich diese Begriffe im neueren römischen Rechte ausgebildet haben, weil das wesentlichste Recht, das Verkaufsrecht, fehlt. Aehnlich verhält es sich mit der zweiten Verpfändungsform des älteren Rechtes, dem reinen Besitzstande, pignus. Eine Verpfändung einer einzelnen Eigenthumsbefugniß an den Gläubiger von Seiten des Eigenthümers in der Art, daß er dem Gläubiger bis zur Tilgung der Schuld die Ausübung einer solchen Befugniß überließ, und ein Schutz des Gläubigers in der Ausübung war ebensowohl möglich und zulässig, als die Gestattung der Benutzung einzelner Eigenschaften der Sache durch Precarium, wodurch der Precarist Quasibesitz einer Servitut erhielt, und die Lage des Gläubigers war insofern noch besser als die des Precaristen, als er auch dem Verpfänder gegenüber (nicht gegen dessen Singularsuccessoren) Schutz durch Klage und Einrede aus dem Pfandcontracte genoß. Ein solches Besitzpfand an einer Realservitut gewährte nur so lange einige Sicherheit, als der Verpfänder oder dessen Universalsuccessoren Eigenthümer der Sache waren. Es ist auch dessen Anwendbarkeit für das spätere römische Recht nicht in Abrede zu stellen, nur kann dieses alte Besitzpfand nicht mehr mit dem Namen pignus bezeichnet werden, seitdem dieser ein aus der Verschmelzung des alten Besitzstandes und

der neueren hypothekarischen Klage entstandenes Institut bezeichnet, und ebensowenig ist dieses Verhältniß eine Verpfändung einer Servitut, weil das Pfandrecht an einem dinglichen Rechte nothwendig wieder ein dingliches Recht sein muß. Durch die Ausbildung der hypothekarischen Klage wurde das alte Pfandrecht gänzlich umgestaltet. Die Verpfändung gewährte von nun vor allem das stets durch dingliche Klagen geschützte Recht, die verpfändete Sache zu seiner Zeit, so als ob man Eigenthümer wäre, zu veräußern und sich aus dem Erlöse zu befriedigen. Trug man dies auf die Verpfändung der Realservituten über, so konnte der Pfandgläubiger nicht selbst mehr Servitutberechtigter sein, sondern er hatte nur das Recht, die Servitut zu veräußern, da sie noch keinen Inhaber hatte, sondern die durch sie verstattete Befugniß mit dem Eigenthum vereinigt war, statt des Eigenthümers die betreffende Eigenschaft der Sache aus derselben als selbstständige Sache auszuscheiden und sie an den Meistbietenden, wenn er im Besitze eines Nachbargrundstückes ist, so zu übertragen, daß dieses Grundstück die Servitutberechtigung erwirbt. Zu der Zeit der Pfandbestellung existirt der Pfandgegenstand, welcher hier nicht der Besitz einer Eigenschaft der Sache, sondern das dingliche Recht, die Servitut, ist, noch gar nicht, sondern sie geht, so lange die Herrschaft über die ihr zu Grunde liegende Eigenschaft der Sache mit dem Eigenthum verbunden ist, in diesem unter. Auch wenn mit der Hypothek ein Besitzpfand verbunden ist, existirt der eigentliche Pfandgegenstand noch gar nicht, er entsteht erst im Augenblicke der Veräußerung in der Person des Pfandkäufers, und was der Pfandgläubiger besitzt, ist etwas ganz anderes, als die verpfändete Sache; denn die Servitut, wenn sie bei dem Pfandverkaufe definitiv bestellt wird, wird mit einem ganz anderen herrschenden Grundstücke verbunden, als das ist, für welches sie jetzt vorläufig ausgeübt wird. Es ist demnach nicht möglich, daß schon im Augenblicke der Verpfändung ein dingliches Recht an der Servitut, als an einer noch gar nicht existirenden Sache, entstehe. Wenn man sich dagegen für die Zulässigkeit der Verpfändung einer noch gar nicht bestellten Servitut von Seiten des Eigenthümers darauf beruft, daß der Eigenthümer sie doch verkaufen könne [390]), so ist dagegen zu erwägen, daß eine Analogie zwischen beiden Fällen nicht vorhanden ist, da jeder fremde Sachen verkaufen, niemals aber an solchen ein sofort wirksames Pfandrecht bestellen kann. Die Stellen, welche von der Verpfändung der Servituten handeln, sind L. 11. §. 3. L. 12. D. 20. 1. Nachdem Marcian in L. 11. §. 2. zuvörderst der Verpfändung des Ususfructus Erwähnung gethan und dem Pfandgläubiger Exceptionsschutz zugesagt hat, erklärt er im §. 3 eine Ver-

390) So Rudorff a. a. O. S. 332 gegen Zachariä, dessen Ausführungen auf das im Texte erwähnte Resultat hinauskommen. Ersterem stimmt bei Lang a. a. O. S. 346. Von dem Verkaufe einer noch nicht bestellten Servitut spricht L. 6. §. 5. D. 19. 1.

pfändung der städtischen Servituten als Faustpfand oder Hypothek für unzulässig. Die darauf folgende L. 12. von Paul'us läßt eine Verpfändung der Wege- und Wasserleitungsservituten zu. Beide Stellen sagen nicht ausdrücklich, ob Verpfändung einer schon bestehenden Servitut von Seiten des Servitutberechtigten oder Verpfändung einer noch nicht bestehenden Servitut von Seiten des Eigenthümers gemeint sei. Den §. 3 der ersten Stelle nur auf die Verpfändung durch den Servitutberechtigten zu beziehen[391]), weil ein innerer Grund für das Verbot der Verpfändung durch den Eigenthümer nicht aufzufinden sei, und zu dem Resultate zu kommen, daß nach beiden Stellen alle Realservituten verpfändet werden können, geht schon deshalb nicht, weil schon der Satzbau und der Zusammenhang des §. 3 für eine andere Auffassung spricht, indem die an die Spitze des §. 2 gestellte Frage, ob ein Ususfructus verpfändet werden könne, ausdrücklich auf beide Fälle bezogen wird, ob der Proprietar, und dann, ob der Usufructuar verpfänden könne. Die Antwort betrifft zwar nur den letzteren Fall als den zweifelhaften; allein kaum wird angenommen werden können, daß der Jurist, indem er zu einer anderen Frage übergeht, deren Stellung auch wieder in Bezug auf beide Fälle möglich ist, nur mit allgemeinen Ausdrücken, welche auf beide Fälle sich beziehen lassen, nur den letzteren berühren wollte. Auch die L. 12. von Paulus kann sowohl auf die Verpfändung durch den Eigenthümer, als auf die durch den Servitutberechtigten möglicher Weise bezogen werden. Aber nur für die Beziehung auf die Verpfändung durch den Eigenthümer hat sich die größere Mehrheit entschieden, mit um so größerem Rechte, als die Singularitäten, zu denen die Verpfändung durch den Eigenthümer führt, viel geringer sind als die, welche die Verpfändung durch den Servitutberechtigten mit sich bringt. Denn letztere führt erst zu einer Ausübung durch den Pfandgläubiger, ohne daß dieser zugleich das herrschende Grundstück benutzt, und dann bei dem Pfandverkaufe zu einer Uebertragung auf ein anderes herrschendes Grundstück, was aber dem sonst streng festgehaltenen und die ganze Servitutenlehre beherrschenden Satze von der Unveräußerlichkeit der Realservituten so auffallend widerspricht, daß dagegen die Singularitäten der Verpfändung durch den Eigenthümer sehr zurücktreten. Nur für die Wege- und Wasserleitungsservituten ist in der gedachten L. 12. D. 20. 1. anerkannt, daß sie Gegenstand eines von dem Eigenthümer eines Grundstückes bestellten Faustpfandes sein können. Ueber den Umfang der vom Pfandgläubiger dadurch erworbenen Rechte sind aber die Ansichten sehr verschieden. Nach der Ansicht von Schmid[392]) hat der Pfandgläubiger keine dingliche Klage und ist nur auf die Schutz in der Ausübung dieser Servituten gewährenden Interdicte oder falls er diese noch nicht erworben

---

391) Wie von der Pfordten a. a. O. S. 28 thut.
392) Schmid a. a. O. S. 349.

hat, auf die actio pignoratitia contraria beschränkt, damit ihm der Verpfänder mit den ihm zum Schutze an der körperlichen Sache zustehenden Interdicten auch die Ausübung jener Befugnisse sichere. Mit der hypothekarischen Klage würde aber das charakteristische Kennzeichen des neueren Pfandrechtes fehlen, das in der angeführten Stelle erwähnte Rechtsverhältniß also das pignus des alten Rechtes sein. Allein abgesehen davon, daß später der Schutz durch die hypothekarische Klage wesentlicher Bestandtheil eines jeden Pfandrechtes war, daß daher jeder Unterschied zwischen pignus und Hypothek geleugnet [393]), namentlich in Bezug auf die hypothekarische Klage in Abrede gestellt wird [394]), weist das dem Pfandgläubiger hier ebenso wie bei anderen Pfandgegenständen zugesprochene Verkaufsrecht hinsichtlich der verpfändeten Servituten mit Nothwendigkeit auf einen anderen Inhalt des Pfandrechtes, als den durch Interdicte geschützten Besitz hin, da derselbe als solcher nicht übertragen werden konnte; es muß also das in L. 12. D. 20. 1. erwähnte pignus ein wirkliches, mit einer hypothekarischen Klage geschütztes Pfandrecht sein. Auch diejenigen, welche dieser Ansicht sind, sind über das Wesen dieses Pfandrechtes und insbesondre der zu dessen Schutz gegebenen hypothekarischen Klage sehr verschiedener Meinung. Nach der Ansicht von Lang [395]) ist der eigentliche Pfandgegenstand nicht in der Servitut, sondern in der körperlichen Sache zu suchen; die Servitutenverpfändung hat keine andere Bedeutung, als die einer körperlichen Sache; vielmehr wird das ganze Grundstück in den Pfandnexus gezogen, nur mit dem Unterschiede, daß der Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung nicht das Grundstück selbst verkaufen wolle und dürfe, sondern nur die Servitut. Hiernach soll die pignoris vindicatio ebenso auf die körperliche Sache gerichtet sein, als ob diese verpfändet wäre, also eine in factum concipirte Vindication der Sache, wofür sich Lang auf die Fassung der Klagformel beruft, welche dem iudex auferlegt habe, zu verurtheilen, wenn nicht die Schuld bezahlt oder die Sache restituirt werde, so daß das rem restituere, wozu der Inhaber einer verpfändeten körperlichen Sache gezwungen wird [396]), auf die Verpfändung einer Servitut unmittelbar so angewendet wird, daß die im Pfandvertrage als Pfandgegenstand gar nicht genannte körperliche Sache zu restituiren sei, freilich nicht um solche zu verkaufen, sondern nur zum Zwecke der Ausscheidung der Servitut. Nach der Meinung von Lang ist demnach der Pfandnexus von weiterem Umfange als das Veräußerungsrecht, und dadurch also einem Theile des Pfandrechtes das im späteren römischen Rechte wesentliche Merkmal eines jeden Pfandrechtes, das Recht zur Veräußerung und zur Befrie-

393) L. 5. §. 1. D. 20. 1.
394) §. 7. Inst. IV. 6.
395) Lang a. a. O. S. 337—341, 345, 346.
396) L. 16. §. 3. D. 20. 1.

digung aus dem Erlöse entzogen, und es ist eine ganz andere Sache (nämlich die körperliche) verpfändet, eine andere von dem Paciscenten im Pfandvertrage genannt (nämlich die unkörperliche Sache, die Servitut). Allein Servitut und Eigenthum haben gänzlich verschiedene Sachen zum Gegenstande; die Servitutbefugniß wird nach römischer Anschauung den früheren Bemerkungen zufolge nie als ein Theil der Herrschaft über die körperliche Sache betrachtet und es muß daher auf die in L. 12. D. 20. 1. gebrauchten Ausdrücke ein besonderes Gewicht gelegt und bei Verpfändung der Servitut ein anderer Gegenstand angenommen werden, als bei Verpfändung der körperlichen Sache. Dazu kommt, daß die Ansicht von Lang zu praktisch wichtigen Resultaten führt, welche ohne ein zur Seite stehendes Gesetz oder Analogie nicht angenommen werden können, was sich namentlich hinsichtlich der Stellung des Pfandrechtes an der ganzen Sache zu dem Pfandrechte an einzelnen Servituten an derselben Sache zeigt. Ein älteres die ganze Sache umfassendes Pfandrecht kann durch eine spätere Verpfändung der Servitut nach dem früher Bemerkten nicht berührt werden, indem, wenn die spätere definitive Bestellung einer Servitut das Servitutrecht dem Pfandrechte nicht entziehen kann, dazu die Verpfändung der Servitut noch viel weniger genügt. Dagegen würde die spätere Verpfändung der ganzen Sache nach der Ansicht von Lang denselben Gegenstand betreffen, wie die Verpfändung der Servitut, woraus folgt, daß das aus der letzteren fließende Pfandrecht die Geltendmachung des ersteren als eines jüngeren, dieselbe Sache umfassenden, verhindert. Man gelangt dadurch dahin, daß der Inhaber des anscheinend ältesten Pfandrechtes an der Sache nicht veräußern darf, weil ein Anderer ein älteres Pfandrecht an einer Servitut derselben Sache hat, während bei der Auffassung der unkörperlichen Sache als Gegenstand des letzteren beide Pfandrechte selbstständig und unabhängig von einander geübt werden. Von dieser Auffassung abzuweichen giebt keine Andeutung der Quellen irgend eine Veranlassung. Hiernach kann die Verpfändung der Servituten als eine Verpfändung der körperlichen Sache selbst bis zum Belaufe der Servitutbefugniß nicht angesehen werden. Die L. 12. D. 20. 1. ist also mit der Mehrzahl der neueren Schriftsteller dahin zu erklären, daß die dem Rechte nach allerdings noch nicht existirende Servitut als schon vorhandene propter utilitatem contrahentium fingirt und das Veräußerungsrecht an dieser fingirten unkörperlichen Sache mit der hypothekarischen Klage geltend gemacht wird. Nach der gewöhnlichen Meinung ist diese hypothekarische Klage eine utilis confessoria actio, welche besonders nach der Ausführung von Büchel[397]) Erlangung des Besitzes der verpfändeten Sache bezweckt, da ohne denselben das Veräußerungsrecht nicht geübt werden könne. Allein zum Pfandverkaufe sowohl an körperlichen als unkörperlichen

397) Büchel a. a. O. S. 366.

Sachen ist es nicht nöthig, daß sich der Gläubiger vorher in den Besitz gesetzt habe [398]). Wäre die hypothekarische Klage hier die confessoria actio, so würde der Pfandgläubiger das Recht zur Vindication einer Servitut haben, ohne selbst irgendwie servitutberechtigt zu sein, was wieder anomal sein würde. Darauf, daß der Inhaber eines Pfandrechtes an einer körperlichen Sache, auch ohne Eigenthümer zu sein, eine utilis vindicatio anstelle und demnach in beiden Verhältnissen völlige Uebereinstimmung herrsche, kann man sich nicht berufen. Denn der Pfandgläubiger, welcher die Sache vindicirt, thut dieses, wie die Formel der Pfandklage erweist, auf Grund des dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung zustehenden Rechtes; die confessorische Klage hat aber dem Eigenthümer auch zur Zeit der Verpfändung nicht zugestanden [399]), folglich kann der Pfandgläubiger sie auch nicht aus dem Rechte des Verpfänders anstellen. Als Stellvertreter eines Anderen kann er sie auch nicht erheben, weil ein Servitutberechtigter, welcher sie möglicher Weise haben könnte, noch gar nicht vorhanden ist, sondern erst durch den Pfandverkauf, den die hypothekarische Klage anbahnt, geschaffen werden soll. Die vom Pfandgläubiger als hypothekarische Klage anzustellende Klage kann wohl nur die negatoria actio sein. Zum Zwecke der Realisirung eines Pfandrechtes an Servituten ist die Vindication untauglich, die innere Geltendmachung sämmtlicher Eigenthumsbefugnisse gegen denjenigen, welcher sie alle beansprucht, bezweckt; zur Geltendmachung einer einzelnen Eigenthumsbefugniß gegen den Unberechtigten dient dem Eigenthümer die zu diesem Zwecke besonders eingeführte negatoria actio, und wenn daher der Pfandgläubiger auf Grund des Rechtes des verpfändenden Eigenthümers eine solche einzelne Befugniß in Anspruch nimmt, muß er ebenfalls die negatoria actio als hypothecaria actio erheben [400]). So paradox die Geltendmachung des Rechtes zur Ausübung einer Servitut mit der Negatorienklage erscheint, so wird doch dadurch die große Anomalie vermieden, daß ein Recht mit der confessorischen Klage vindicirt wird, welches zur Zeit noch nicht in der Person Jemandes existirt. Erst durch Bewerkstelligung des Pfandverkaufes und die damit erfolgende wirkliche Trennung der zeither als ausgeschieden aus dem Eigenthum fingirten unkörperlichen Sache von dem Eigenthum und dessen Uebergabe an ein Subject wird die confessorische Klage erzeugt, die nun der Käufer des Pfandes, ungeachtet die definitive Bestellung nicht vom Eigenthümer, sondern in dessen Namen vom Pfandgläubiger geschehen ist, ebenso als directa hat, wie dem Käufer einer verpfändeten körperlichen Sache die rei vindicatio utilis zusteht. In L. 12. D. 20. 1. steht hinter dem Satze, nach welchem der

398) L. 2. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.)) Arg. L. 13. D. 20. 5. S. von der Pfordten a. a. O. S. 27. Lang a. a. O. S. 336. Elvers a. a. O. S. 337.

399) L. 63. D. 7. 1. L. 5. pr. D. 7. 6.

400) Vgl. Elvers a. a. O. S. 338—340.

Pfandgläubiger die ihm zum Faustpfande bestellte Servitut ausüben soll, der Zwischensatz: scilicet si vicinum fundum habeat, und dann ist von seinem Verkaufsrechte die Rede. Nach der Behauptung Mancher ist das Verkaufsrecht sowie die Anstellung der hypothekarischen Klage gleichfalls von dem Besitze eines benachbarten Grundstückes abhängig, so daß dem Gläubiger die Geltendmachung des Pfandrechtes nicht mehr zusteht, wenn er kein Grundstück inne hat; ja die Consequenz führt dazu, daß man nicht nur überhaupt den Besitz eines praedium vicinum von Seiten des Gläubigers, sondern gerade den Besitz desjenigen, welches bei Bestellung des Pfandrechtes als das vorläufig (bis zum Pfandverkaufe) herrschende in das Auge gefaßt wurde, verlangen müßte. Sieht man die hypothekarische Klage als eine confessoria actio utilis an, deren Zweck nur ist, den Pfandgläubiger behufs des Verkaufes in den Besitz zu setzen, so ist der Besitz eines praedium vicinum nothwendige Voraussetzung, weil dasselbe Erforderniß in L. 12. D. 20. 1. für den Fall aufgestellt wird, wo der Pfandgläubiger gleich vom Anfange an den Quasibesitz des Pfandgegenstandes haben soll, folglich auch da nöthig sein muß, wo er sich später den Besitz behufs der Veräußerung verschaffen will. Ist hingegen die hypothekarische Klage hier nur die negatoria actio, so kann die Befugniß zur Anstellung derselben von dem Besitze eines benachbarten Grundstückes nicht abhängig sein, weil der Pfandgläubiger nur das sonst dem Eigenthümer zustehende Recht, eine Servitut einem Dritten zu bestellen, in Anspruch nimmt, der Eigenthümer zu diesem Zwecke nur das zu belastende Grundstück, kein anderes, zu haben braucht und daher auch an seinen Stellvertreter, den Pfandgläubiger, eine andere Anforderung nicht gestellt werden kann. Eine weitere Folgerung aus dem Bisherigen ist, daß das Stillschweigen über die Hypothek in L. 12. D. 20. 1. nicht die Bedeutung hat, als könne nur ausschließlich ein pignus an Realservituten bestellt werden, sondern daß die Bestellung einer Hypothek als sich von selbst verstehend angesehen wird, welches aus dem, was dort vom pignus gesagt wird, nothwendig folgt. Denn da dieses pignus ein mit einer dinglichen Klage geschütztes Pfandrecht gewährt, so kann der Pfandgläubiger, wenn er den Quasibesitz und die zu dessen Schutz gegebenen Interdicte verliert, allein auf die dingliche Klage beschränkt sein; daher muß ihn der Besteller des Pfandrechtes auch gleich vom Anfange an in eine solche Lage versetzen können, d. h. ihm eine Hypothek bestellen können. — Für die städtischen Servituten ist die Verpfändung von Seiten des Eigenthümers in L. 11. §. 3. D. 20. 1. verboten, für die Wege- und Wasserleitungsservituten dagegen in L. 12. erlaubt. Es fragt sich daher, ob die übrigen ländlichen Servituten in derselben Weise verpfändet werden können, und ob daher in dieser Beziehung ein durchgreifender Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten bestehe. Eine Ausdehnung dessen, was von der Verpfändung der Wege- und Wasserleitungsservituten gesagt wird, auf die übrigen ländlichen Servituten ist aber bei der

Singularität der Verpfändung seitens des Eigenthümers nicht zu rechtfertigen. Warum aber singulärer Weise die Verpfändung von Realservituten zugelassen und warum gerade die Verpfändung nur auf die Wege- und Wasserleitungsservituten beschränkt wurde, darüber giebt es sehr verschiedene Erklärungsversuche. Der Grund scheint ein lediglich historischer zu sein[401]). Das Resultat ist, daß in Bezug auf die Verpfändung ein durchgehender Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten nicht erweislich ist. c) Ist es wesentliche Eigenthümlichkeit der städtischen Servituten, daß behufs ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengesetzten Inhalte errichtet werden können[402]). In den Quellen des römischen Rechtes kommen Servitutenbildungen vor, deren Inhalt nur eine solche Befugniß ist, welche an und für sich dem Servitutberechtigten schon als Eigenthümer der herrschenden Sache zustehen müßte, so daß die Erwerbung derselben durch Servituterrichtung nur da zu erklären ist, wo ihm durch besondere vorhergegangene Umstände diese Befugniß entzogen war. Eine solche Servitutenbildung ist die servitus oder das ius altius tollendi[403]), das Recht, sein Haus beliebig höher zu bauen, ferner das ius officiendi luminibus[424]), die Befugniß zu Vornahme von Veränderungen auf dem eigenen Grundstücke, auch wenn dadurch das Licht dem Nachbar entzogen wird. Diese Erscheinung hat man häufig dadurch zu erklären versucht, daß man eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung voraussetzte, in deren Folge der Bau eines Hauses über eine bestimmte Höhe zu Gunsten der benachbarten Häuser, und ebenso jede Veränderung, wodurch das Licht eines Hauses geschmälert wird, verboten gewesen sei; der Inhalt der genannten Servituten soll darin bestehen, daß sie die gesetzliche Eigenthumsbeschränkung in derselben Weise aufheben, wie vermöge gesetzlicher Vorschrift[405]), die gesetzliche Beschränkung, vermöge welcher der natürliche Ablauf des Regenwassers der Nachbargrundstücke getragen werden muß, durch eine Servitut beseitigt werden kann. Daß hinsichtlich der Entziehung des Lichtes zu Gunsten der Nachbarhäuser eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung bestanden habe, läßt sich sowohl aus der Zeit der classischen Juristen[406]) als aus der Zeit kurz vor Justinian nachweisen[407]); die Möglichkeit, sie durch Uebereinkunft der Privaten aufzuheben, ist unzweifelhaft, da sie nur zum Vortheile der Nachbargrundstücke dienen

---

401) Vgl. über die verschiedenen Erklärungsversuche Elvers a. a. O. S. 342 flg., über seine eigene Ansicht S. 344 flg.

402) Elvers a. a. O. S. 345—356.

403) Gai. Inst. Comm. II. §. 31. Comm. IV. §. 3. §. 2. Inst. IV. 6. L. 1. pr. L. 2. D. 8. 2. L. 2. D. 8. 3. L. 26. D. 44. 2.

404) L. 2. D. 8. 2.

405) L. 2. §. 10. D. 39. 3.

406) Vgl. Ulpian in L. 11. pr. D. 8. 2.

407) Vgl. L. 12. §. 1. C. de aedificiis privatis. (VIII. 10.) von Zeno, L. 13. C. eod. von Justinian.

konnte, zweifelhafter ist, ob man hierzu den Weg der Servitutbestellung gewählt oder sich mit der bloßen Einwilligung des betreffenden Nachbars begnügt habe, um jede Veränderung vorzunehmen. Abgesehen davon, daß Zeno in L. 12. §. 1. D. 8. 10. die Wirksamkeit derartiger Verträge (pacta und stipulationes) besonders hervorhebt, solche also nicht sehr häufig gewesen sein mögen, ist, obgleich da, wo man sofort bauen wollte, die einfache Einwilligung des betreffenden Nachbars denselben Vortheil gewährte wie eine solche Servitut, letztere doch viel nützlicher, um ein solches Recht zur willkürlichen Veränderung seiner Baulichkeiten für die Zukunft und auch Singularsuccessoren des jetzigen Nachbars gegenüber zu erhalten. So kann die servitus luminibus officiendi genügend als bestimmt zur Aufhebung der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung erklärt werden. Weniger ist dies hinsichtlich der servitus altius tollendi der Fall. Es haben zwar schon zur Zeit der classischen Juristen Vorschriften über die Höhe, welche den Gebäuden gegeben werden dürfe, wenigstens hinsichtlich der Stadt Rom bestanden[408]); unerweislich aber ist, daß sie lediglich im Interesse der Nachbarn gegeben worden seien und mit deren Zustimmung haben abgeändert werden können; es ist dies sogar höchst unwahrscheinlich, da solche Vorschriften auch im allgemeinen Interesse ihren Grund haben konnten, und nicht leicht der Umfang der schädlichen Wirkung eines solchen Höherbauens, und welche Umwohner dadurch berührt wurden, bestimmt werden konnte. Wenn es nun auch noch immer Juristen giebt, welche die servitus altius tollendi als Aufhebung der gesetzlichen Beschränkung des Höherbauens erklären[409]), so ist doch eine andere, zudem durch Theophilus unterstützte Erklärung viel wahrscheinlicher. Theophilus[410]) umschreibt nämlich das in den Institutionen[411]) erwähnte Recht, ut stillicidium vel flumen non recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam so: Du hattest das Recht, vermöge dessen du den Tropfenfall von deinem Ziegeldache auf mein Haus oder meinen Grund und Boden fließen lassen konntest, und ich bat dich, du möchtest deinen Tropfenfall doch nicht auf mein Dach oder auf meinen Grund und Boden fließen lassen. Wenn auch seine Auffassung der servitus stillicidii non recipiendi noch manchen Zweifeln unterworfen ist, so macht sein Ausspruch wahrscheinlich, daß manche Servituten durch Errichtung entgegengesetzter Servituten aufgehoben wurden. Daß im älteren römischen Rechte der bloße Verzicht des Servitutberechtigten auf seine Befugniß nicht genügte, um die dem Eigenthümer zeither entzogene Befugniß unbeschränkt für ihn aufleben zu lassen, dafür spricht Folgendes. Nach der Meinung der Proculianer

---

408) Sueton. Octav. c. 89. Strabo, Geogr. V. 21. Tacit. Annal. XV. 43. L. 1. C. de aedif. privat. (VIII. 10.)

409) Vgl. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 834, 835, 6. Aufl.

410) Theophil. Paraphr. Inst. lib. II. tit. 3. §. 1.

411) §. 1. Inst. II. 3.

ging das Eigenthum durch bloße Dereliction nicht unter, sondern es wurde zum Untergange desselben noch Occupation von Seiten eines Dritten verlangt; letztere verlangten die Sabinianer nicht, sondern hielten bloße Dereliction zum Untergange des Eigenthums für genügend[412]). Die analoge Anwendung der Ansicht der Proculianer auf Servituten führte dahin, daß solche dem Berechtigten durch seine bloße Dereliction nicht verloren gingen, und also überhaupt nicht untergingen; eine Occupation derselben war nicht möglich, von Seiten Dritter nicht wegen ihrer Unveräußerlichkeit, von Seiten des Eigenthümers nicht, weil niemand an seiner eigenen Sache eine Servitut haben konnte. Ja selbst wenn man nur Occupation der in der Servitut enthaltenen Befugniß hätte verlangen wollen, konnte man den Mangel einer geeigneten Occupationshandlung einwenden, weil überall, wo die Servitut nicht ausgeübt werde, der Eigenthümer kraft seines Eigenthums zu handeln befugt sei, und daher nicht erkennbar sei, wo er auf Grund seines ihm zustehenden Eigenthums handele, und wo er eine neue Befugniß durch seine Handlung erwerben wolle. Die Sabinianer, welche hinsichtlich der Dereliction des Eigenthums, wie bemerkt, anderer Ansicht waren, als die Proculianer, scheinen in Bezug auf Servituten der Ansicht der Letzteren gefolgt zu sein, so daß die Dereliction für Servituten als unanwendbar oder wenigstens sehr unsicher erschien. Ebensowenig wie Dereliction, konnte nach der Regel, daß die Aufhebung eines Geschäftes auf demselben Wege erfolgen könne, wie seine Eingehung, ein einfacher Vertrag die Aufhebung einer im älteren Rechte durch Mancipation oder in iure cessio bestellten Servitut bewirken; er gab nur dem Paciscenten gegenüber, welcher dennoch die Ausübung der Servitut in Anspruch nahm, eine doli exceptio, und konnte so den Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch veranlassen. So nach dem Civilrechte. Nach prätorischem Rechte muß zwar anerkannt werden, daß, sowie ein Vertrag mit hinzutretender Quasitradition eine Servitut zu schaffen vermochte, welche wenigstens den vollen Schutz des Prätors genoß, so auch ein Vertrag mit hinzutretender Tradition die Kraft habe, die Servitut wenigstens nach prätorischem Rechte ganz aufzuheben, und hierdurch erklären sich viele Stellen, nach welchen eine Servitut durch bloßen remissorischen Vertrag untergeht[413]). Es ist der Untergang der Servituten auf diese Weise aber erst das Resultat einer späteren Entwickelung. Hierdurch erklärt sich der Gebrauch der in iure cessio als desjenigen Geschäftes, wodurch der Berechtigte herkömmlich auf die Servitut verzichtete. Die bei einer solchen Recession übliche Formel ist uns in zwei Stellen aufbewahrt[414]). Sowie das Verfahren

---

412) L. 2. §. 1. D. 41. 7. L. 43. §. 5. D. 47. 2.

413) L. 8. D. 8. 6. L. 17. D. 8. 4. L. 4. §. 12. D. 44. 4.

414) L. 21. D. 8. 2. L. 20. D. 8. 3. wo die Compilatoren das ursprüngliche in iure cessero mit concessero vertauscht haben.

einer negatorischen Klage beschrieben wird, worin der Eigenthümer das Dasein einer servitus altius non tollendi ableugnet[415]), so vindicirte in dem Scheinverfahren der Eigenthümer mit den Worten: Ius mihi est, invito te altius tollere aedes meas, und der Servitutberechtigte cedirte ihm dann das in Anspruch genommene ius altius tollendi, nicht das zeither von ihm innegehabte ius altius non tollendi. Vergleicht man damit die bei Errichtung der Servituten gebräuchliche Formel bei der in iure cessio, so erklärte z. B. bei Errichtung einer servitus tigni immittendi der künftige Servitutberechtigte: Aio ius mihi esse, invito te tignum immittere in aedes tuas, und der Eigenthümer cedirte ihm dann das Recht. Aeußerlich standen sich beide Fälle gleich; in dem einen vindicirte der Eigenthümer, in dem anderen der künftige Servitutberechtigte ein Recht zur Vornahme einer positiven Handlung; und auf diese Weise kamen die Römer dahin, ebenso wie im zweiten Falle von einem ius tigni immittendi die Rede war, so auch im ersten ein selbstständiges ius altius tollendi anzunehmen, besonders da die negatorische Klage, welche letzteres Recht schützte, der confessorischen in jenem Falle äußerlich ganz ähnlich war. So wurde das ius tigni immittendi bei der Synonymität von ius und servitus zur servitus tigni immittendi, und so kam es, daß die zum Schutze dieses Rechtes gegebene Klage als confessorische im Gegensatze der negatorischen aufgefaßt wurde[416]), während sie anderwärts wieder als negatorische bezeichnet wird[417]). Diese Auffassung einer solchen Rückcession als Cession einer neuen Servitut wurde häufig noch dadurch begünstigt, daß sie nicht immer den ganzen Inhalt der alten Servitut aufhob, sondern dem Eigenthümer nur bis zu einem gewissen Grade die Ausübung der ihm zeither entzogenen Befugniß verstatten konnte. Es wird in einer Stelle von Africanus[418]) von einem Falle gesprochen, wo der Eigenthümer geklagt hatte, er habe das Recht zehn Fuß höher zu bauen, und damit abgewiesen worden war; klagt er später, er habe das Recht, zwanzig Fuß oder zehn andere Fuß höher zu bauen, so soll er ebenfalls abgewiesen werden. Daß die Klage überhaupt nicht zulässig gewesen sei, wird nicht gesagt; vielmehr wird deren Statthaftigkeit vorausgesetzt, und so muß durch die scheinbare Anstellung derselben bei der in iure cessio die servitus altius non tollendi theilweise aufgehoben worden sein. Manche suchen hierin den eigentlichen Zweck der servitus altius tollendi und anderer derartiger Servituten, indem eine theilweise Aufhebung einer Servitut wegen ihrer Untheilbarkeit nicht möglich sei, weshalb das römische Recht Entstehung einer neuen Servitut angenommen habe, welche die alte noch fortbestehende theilweise paralysire. Allein der

---

415) L. 4. §. 7. D. 8. 5. Hoc igitur intendo, habere me ius altius tollendi, invito eo, cum quo ago.

416) Gai. Inst. Comm. IV. §. 3. §. 2. Inst. IV. 6.

417) L. 4. §. 7. D. 8. 5.

418) L. 26. pr. D. 44. 2.

Grund der Untheilbarkeit der Servituten in dem Sinne, daß selbst der Berechtigte nicht über einen Theil allein verfügen kann, liegt nur darin, daß die ausschließliche Benutzung aus in der Natur der Sache liegenden Gründen unmöglich ist; wo diese Unmöglichkeit wegfällt, fällt auch jene Unmöglichkeit weg, und sowie dem Servitutberechtigten zu jeder Zeit für einen körperlichen Theil des dienenden Grundstückes zu verzichten freisteht[419]), so steht ihm auch der Verzicht auf eine mehrerer in einer Servitut begriffener Befugnisse frei, wenn die übrigen ohne diese noch ausgeübt werden können. Das Recht, jedes Höherbauen zu verbieten, kann zu diesem Zwecke in mehrere Befugnisse aufgelöst werden, nämlich in die, zunächst den Höherbau für die ersten so und so viel Fuß oberhalb des jetzt vorhandenen Niveaus zu untersagen, und dann in die, ihn für die folgenden so und so viel Fuß zu verbieten u. s. w. Da die letzteren noch einen Werth haben, auch wenn die erste untergegangen ist, so kann auch diese ausschließlich durch die Rückcession aufgehoben werden. Deshalb bedurfte das römische Recht zur theilweisen Aufhebung der Realservituten der eigenthümlichen auf das Gegentheil der bestehenden Servituten gerichteten Bildungen nicht nothwendig, und für ihre Benutzung auch zur gänzlichen Aufhebung der Servituten spricht, daß bei der servitus altius tollendi nirgends eine Beschränkung derselben auf eine bestimmte Höhe erwähnt, vielmehr sie neben der servitus altius non tollendi so allgemein, wie diese, genannt wird. Hiernach liegt nur allein in der bei der Rückcession üblichen Form der Grund solcher Servitutenbildungen. Man hat diese Bildungen aber auch mit der Eintheilung in städtische und ländliche Servituten in Verbindung gebracht und nur eine Aufhebung der ersteren dadurch als möglich angenommen. Es ist aber darin keine Eigenthümlichkeit der städtischen Servituten, sondern vielmehr eine Eigenheit nur der negativen Servituten zu erblicken. So leicht die bei der Rückcession negativer Servituten gebrauchte Formel die Auffassung des Rechtes des Eigenthümers als einer eigenen Servitut veranlassen konnte, so wenig war dies bei den positiven Servituten möglich. Bei der von Theophilus in der angeführten Stelle genannten servitus stillicidii recipiendi, dem Rechte, den Tropfenfall von seinem Dache auf das benachbarte Grundstück träufeln zu lassen, war dem Eigenthümer der dienenden Sache nicht das ius stillicidii selbst entzogen, sondern nur das Recht, jenes stillicidium zu untersagen. Die in iure cessio bestand daher auch nicht darin, daß er sich ein ius stillicidii vindicirte, sondern darin, daß er das Recht beanspruchte, jenes stillicidium verbieten zu dürfen; dies that er, da die in iure cessio einer Servitut an den Eigenthümer durch scheinbare Anstellung der negatorischen Klage von Seiten des letzteren geschah, wahrscheinlich mit den Worten: ius tibi non est, stillicidium invito me in aedes meas, vel in aream, vel in cloacam immittere, und der Cedent erklärte dann: ius

419) L. 6. D. 8. 1.

mihi non est u. s. w. Dieses aus der Natur der Servituten und der in iure cessio sich ergebende Verfahren konnte nicht veranlassen, daß dem Eigenthümer irgend eine Servitut zugesprochen wurde, weil in der Rückcession nur ein Recht dem Servitutberechtigten abgesprochen, nicht ein solches dem Eigenthümer ausdrücklich zugesprochen wurde. Es muß demnach die in den Institutionen[420]) erwähnte servitus, ut stillicidium non recipiat, einen anderen Sinn haben als ihr Theophilus beilegt. Die richtige Erklärung dieser Servitut bietet schon die bloße Uebersetzung der Institutionenstelle; es ist das Recht, vermöge dessen der Nachbar seinen Tropfenfall nicht in sein Haus, seinen Grund und Boden, seine Cloake aufnimmt, d. h. nicht aufnehmen darf, oder mit anderen Worten, vermöge dessen er sein Regenwasser nicht ableiten darf, sondern mir, dem Servitutberechtigten, zukommen lassen muß. Eine andere Stelle, welche einen ähnlichen Gegensatz hat[421]), bezeichnet letztere Servitut als ius stillicidium non avertendi. Das Resultat ist, daß ein durchgreifender Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten in der Beziehung, daß nur erstere durch Bestellung entgegengesetzter Servituten aufgehoben werden können, nicht stattfindet, oder richtiger, da seit dem Aufhören der in iure cessio eine solche Servituterrichtung blos zum Zwecke der Aufhebung anderer Servituten nicht mehr vorkommen kann, nicht stattgefunden hat. d) Welche Servituten gehen durch bloßen Nichtgebrauch unter, welche erst durch usucapio libertatis?[422]) Das Hauptgewicht bei Beantwortung dieser Frage ist von jeher auf L. 6. D. 8. 2. von Gajus gelegt worden. Dort stellt der Jurist zwei Klassen von Servituten auf; die, welche der einen Klasse angehören und von ihm als servitutes praediorum rusticorum bezeichnet werden, sollen durch bloßen Nichtgebrauch untergehen, die anderen aber erst, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache diese in einen Zustand versetzt hat, welcher die fernere Ausübung der Servitut unmöglich macht und er dann die so in Besitz genommene Freiheit usucapirt hat. Ueber die der letzteren Klasse angehörigen Rechte ist in der Stelle nichts ausdrücklich gesagt; daß aber die servitutes praediorum urbanorum gemeint sind, ergiebt sich aus der Einreihung dieser Stelle in den Titel de servitutibus praediorum urbanorum, und wahrscheinlich hing die fragliche Stelle früher mit der L. 2. dieses Titels unmittelbar zusammen, da sie, wie diese, aus des Gaius lib. 7. ad edictum provinciale entlehnt ist. Gajus erläutert in L. 6. seine Regel von der Nothwendigkeit der usucapio libertatis durch die Beispiele der servitus altius non tollendi, luminibus non officiendi und tignum immittendi. Der dieser Stelle gegenüber von Manchen aufgeworfene Zweifel, ob alle ländlichen Servituten durch Nichtgebrauch untergehen, stützt sich

420) §. 1. Inst. II. 3.
421) L. 2. D. 8. 2.
422) Elvers a. a. O. S. 357—377.

auf die Beobachtung, daß Gajus überall nur die vier alten Servituten, iter, actus, via und aquaeductus als ländliche Servituten nennt, daher er möglicher Weise auch diese allein in Bezug auf den Untergang durch Nichtgebrauch im Auge gehabt hat und für die übrigen Rusticalservituten keine Entscheidung giebt. Auch L. 6. D. 23. 5. enthält keine Entscheidung, da aus dem Nichterwähnen der ländlichen Servituten nichts folgt, und auch die unmittelbar vorhergehende L. 5. enthält keine Beziehung auf den Untergang derselben, welche hier durch servitutes fundi bezeichnet werden, durch Nichtgebrauch; vielmehr deutet der Ausdruck amittere im Gegensatze des imponere mehr auf einen Verzicht mittelst Rechtsgeschäftes hin [423]). Von den übrigen auf diese Lehre bezüglichen Stellen bestätigen manche mehr oder weniger die Nothwendigkeit der usucapio libertatis für einzelne der oben genannten städtischen Servituten [424]). Dagegen bestätigen viele Stellen den Untergang der Wege- und Wasserleitungsservituten durch bloßen Nichtgebrauch [425]). Die usucapio libertatis ist älter als die Lex scribonia, von welcher uns berichtet wird, daß sie die Usucapion, welche Servituten begründete, aufgehoben habe [426]), aber weiter nichts bekannt ist. Wahrscheinlich waren die 12 Tafeln auch die Quelle der Servitutenverjährung, welche sie zwar nicht ausdrücklich erwähnt haben, aber von der Jurisprudenz analog angewendet worden sind, welche durch Anwendung des Satzes: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto, zu jenen Regeln über den Untergang der Servituten gelangte. Dafür spricht der von der neuen Bestimmung der Verjährungsfristen durch Justinian [427]) sowohl bei der usucapio libertatis, als auch bei dem bloßen

---

423) Dies hat auch nicht blos die Auctorität der Basiliken (Basil. XXIX. 6. 5. edit. Heimb. tit. III. p. 489.) für sich, welche sagen: *οὔτε τὰς δουλείας παραχωρεῖ*, neque eius servitutes remittit; sondern ganz besonders die des Stephanus in dem index der L. 5. (Sch. *Ὁ Ἰουλιανός* tit. III. p. 489.) und des Cyrillus im index derselben Stelle (Sch. *Κυρίλλου. Οὐ καλῶς* ibid.) und der Anonymus, aus dessen Digestensumme der Basilikentext geschöpft ist, unterscheidet in dem Sch. *Ἀνωνύμου* ibid. ausdrücklich die *ἀχρησία*, den Nichtgebrauch, ein Beweis, daß auch er in seiner Summe die L. 5. nicht vom Nichtgebrauche, sondern vom Verzichte verstanden hat.

424) So für die servitus altius non tollendi L. 7. L. 32. §. 1. D. 8. 2. L. 17. D. 8. 4. L. 6. pr. D. 8. 5. L. 4. §. 29. D. 41. 3. — für die servitus tigni immittendi L. 18. §. 2. D. 8. 6.

425) So spricht vom Untergange der Servituten durch Nichtgebrauch allgemein L. 15. D. 13. 7. — vom Untergange der Wegeservituten sprechen L. 18. D. 8. 3. L. 9. §. 1. D. 8. 5. L. 2. 5. 6. 7. 8. §. 1. L. 11. pr. L. 12. 13. 14. pr. L. 20—25. D. 8. 6. L. 14. C. III. 34. — vom Untergange der Wasserleitungsservitut L. 34. 35. D. 8. 3. L. 9. §. 1. D. 8. 5. L. 9. 10. 12. 16. 18. 19. D. 8. 6. L. 17. pr. D. 39. 3. L. 1. §. 23. L. 5. §. 1. D. 43. 20. L. 10. C. III. 34. Dieselbe Regel enthält Paul. Sent. I. 17. §. 1. 2., wo noch als weitere durch bloßen Nichtgebrauch untergehende Servitut die servitus aquae haustus genannt wird.

426) L. 4. §. 29. D. 41. 3.

427) L. 16. C. III. 33. L. 13. C. III. 34.

Nichtgebrauche maßgebende Zeitraum, welcher ganz der Bestimmung der 12 Tafeln entsprach und für den Ususfructus an beweglichen Sachen in einem Jahre, für den an Grundstücken und für die Realservituten in zwei Jahren bestand[428]). Im übrigen sind beide Aufhebungsarten der Servituten wegen ihrer inneren Verschiedenheit zu trennen. — Die usucapio libertatis ist nicht so aufzufassen, als ob sich die Römer die libertas, der sonstigen Auffassung der Servituten entgegen, als Gegenstand eines selbstständigen Besitzes gedacht hätten; dieser Ausdruck ist vielmehr nur ein figürlicher, und als eigentlicher Gegenstand des Besitzes erschien ihnen immer das Grundstück selbst, wie nicht nur einzelne Stellen ausdrücklich sagen[429]), sondern auch aus der Länge der Verjährungszeit hervorgeht, welche zwei Jahre betrug, weil man die libertas mit dem fundus als identisch ansah, während sie als selbstständige Sache aufgefaßt zu den ceterae res gehörte und in einem Jahre hätte usucapirt werden müssen. Der Besitz des Grundstückes muß zum Zwecke der usucapio libertatis besonders qualificirt sein; in welcher Weise, ist bestritten, da die Quellen nur für zwei Arten der städtischen Servituten näheres über die Erfordernisse der Usucapion angeben. Zum Untergange der negativen Servituten altius non tollendi und luminibus non officiendi wird die Aufführung einer Mauer durch den Usucapienten, der lex servitutis zuwider, und das Bestehen dieser Mauer während der Usucapionszeit erfordert[430]). Es mußte demnach hier der Zweck der Servitut in dauernder und unveränderlicher Weise[431]) durch eine schon in der ältesten Erscheinung des Grundstückes erkennbare Vorrichtung vereitelt sein. Ebenso wird gesagt, daß die Freiheit von der servitus tigni immittendi nur erworben werde, wenn das für den Balken bestimmte Loch vom Usucapienten verstopft und verstopft erhalten wird[432]). Noch wird weiter in Bezug auf diese Servitut gesagt, daß, so lange das Haus, an welchem dieselbe haften solle, nicht gebaut sei, der Eigenthümer die Freiheit nicht usucapiren könne, quia ius tuum non interpellavit[433]). Es genügt also nicht, wie von Manchen angenommen wird[434]), daß die Ausübung der Servitut durch eine entscheidende Handlung des Eigenthümers verhindert wird, gleichviel, ob diese Handlung dauernde körperliche Spuren an der Sache hinterlassen hat oder nicht, es ist vielmehr eine dauernde äußerlich wahrnehmbare Vorrichtung auf dem dienenden Grundstücke nöthig, welche die fernere Ausübung der Servitut unmöglich macht. Sowie bei der

428) Paul. Sent. III. 6. §. 30.
429) Z. B. L. 32. §. 1. D. 8. 2.
430) L. 6. 7. D. 8. 2.
431) Die Pflanzung eines Baumes, welcher die Aussicht verdunkelt, genügt nicht, sondern es muß eine Mauer aufgeführt sein. L. 7. D. 8. 2.
432) L. 6. D. 8. 2.
433) L. 18. §. 2. D. 8. 6.
434) Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 59, 60.

servitus tigni immittendi eine solche Vorrichtung zur usucapio libertatis vorausgesetzt wird, so auch bei der servitus protegendi, proiiciendi, stillicidium immittendi und ähnlichen städtischen Servituten; bei den negativen Servituten dagegen muß die Handlung, welche nicht vorgenommen werden soll, in einer dauernden ununterbrochenen Weise die verbotene Wirkung herbeigeführt haben. Daß man zur usucapio libertatis das Dasein eines iustus titulus usucapiendi, wie solcher bei der usucapio dominii nothwendig war, nicht verlangte, scheint weniger aus der usu receptio, welche ebenfalls keines Titels bedurfte, als daraus hergeleitet werden zu müssen, daß der Eigenthümer schon vermöge seines Eigenthums zu jeder Handlung befugt war, deren es zur Usucapion bedarf, indem, soweit der Servitutberechtigte nicht ausübt, was die nothwendige Voraussetzung der Usucapion ist, die Befugniß des Eigenthümers unbeschränkt ist. Die Berufung auf die usu receptio ist umso weniger geeignet, die Entbehrlichkeit des iustus titulus bei der usucapio libertatis als ein gegen deren Ableitung aus den 12 Tafeln sprechendes Moment erscheinen zu lassen, als auch die usu receptio sich nicht auf die 12 Tafeln zurückführen läßt, was dadurch bewiesen wird, daß die Verjährungszeit für Grundstücke auch nur ein Jahr betrug[435]). Die bona fides des Usucapienten verlangte das ältere Recht ohnehin nicht wesentlich zur Usucapion (die usucapio pro herede war im Gegentheile selbst bei vorhandener mala fides möglich)[436]), und es kann daher aus dem Umstande, daß die bona fides bei der usucapio libertatis nicht erfordert wird, nicht geschlossen werden, daß die usucapio libertatis ein selbstständig entstandenes und von der usucapio dominii durchaus abweichendes Institut sei; vielmehr ist sie wahrscheinlich durch analoge Anwendung der 12 Tafeln entstanden. — Auch die Aufhebung der Servituten durch bloßen Nichtgebrauch während einer bestimmten Zeit hat man auf die 12 Tafeln zurückzuführen versucht[437]). Man kann diesem aber nicht beipflichten, da die innere Verschiedenheit dieser Aufhebung durch Nichtgebrauch und der usucapio libertatis zu bedeutend ist, als daß auch erstere auf einer analogen Anwendung der Bestimmung der 12 Tafeln über die usucapio dominii beruhen könnte. Vielmehr kann die Aufhebung der Servituten durch Nichtgebrauch blos durch einen besonderen Act der gesetzgebenden Gewalt eingeführt worden sein, was umsomehr anzunehmen ist, als sie bis zu einer Zeit zurückreicht, wo der Untergang eines Rechtes durch Nichtgebrauch noch keine Analogie in dem Institute der Klagenverjährung fand, sondern eine ganz

435) Gai. Inst. Comm. II. §. 59—61.
436) Gai. Inst. Comm. II. §. 52—56.
437) Verschiedene Ansichten darüber haben Puchta, Institutionen Bd. II, §. 257. Rudorff, in der Recension der Schrift von Zachariä von Lingenthal, in den krit. Jahrb. für teutsche RW. Bd. XV, S. 327, 328. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, §. 217. Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 367 flg.

allein dastehende Singularität war. Einzelne Stellen weisen auch durch ihre Ausdrucksweise (tempus legitimum, quo servitutes pereunt, statutum tempus) darauf hin, daß, sowie die lex scribonia die erwerbende Usucapion der Servituten aufhob, dieses oder andere Gesetze den Untergang durch Nichtgebrauch eingeführt haben[438]). Allerdings kann die häufige Bezeichnung der Verjährungszeit als statutum oder constitutum tempus auf einer mit Rücksicht auf die Verordnungen Justinian's über die längere Dauer der Verjährung geschehenen Interpolation beruhen; dagegen ist diese Annahme nicht wohl möglich hinsichtlich des Ausspruches von Paulus, wonach die servitus itineris „statuto legibus tempore amittitur"[439]), da Justinian hierfür nur ein Gesetz gegeben hat[440]). Elvers gelangt ebenfalls zu dem Resultate, daß der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch ein singuläres, blos aus Rücksichten der Nützlichkeit durch die positive Gesetzgebung geschaffenes Institut ist, und zieht daraus den weiteren Schluß, daß ihm nur der in den Quellenzeugnissen bestimmte Umfang beizulegen, eine analoge Ausdehnung desselben aber unzulässig sei. Er nimmt daher nur für die servitus viae, itineris, actus und aquaeductus sowie für den Usus-fructus diese Erlöschungsform an, höchstens noch für den Usus, weil derselbe hinsichtlich der Beendigungsarten dem Ususfructus gleichgestellt wird[441]) und sucht den Grund, warum das Gesetz gerade nur für diese wenigen Servituten diese Singularität einführte, mit Zachariä von Lingenthal darin, daß jene Servituten die ältesten sind, und nur sie, wenigstens von allen ländlichen Servituten zu der Zeit bestanden, wo das Princip des Unterganges durch Nichtgebrauch sanctionirt wurde, und die Doctrin sich später scheute, dieses anomale Institut auf die neueren Servitutenbildungen anzuwenden, aber damit geholfen habe, daß sie analog der Eigenthumsersitzung das Institut der usucapio libertatis geschaffen habe. Die praktischen Wirkungen dieses Resultates zeigten sich nach Elvers darin, daß bei solchen ländlichen Servituten, welche ein Recht auf eine Handlung gewährten, die nur in langsam wiederkehrenden Perioden ausgeübt werden konnte, wie bei der servitus arenae fodiendae oder lapidis eximendi, der Nichtgebrauch also häufig durch die Natur der Umstände geboten war, von einem Untergange durch Nichtgebrauch nicht die Rede war, vielmehr, wie bei den städtischen Servituten, eine usucapio libertatis habe eintreten müssen, während bei Wege- und Wasserleitungsservituten, deren Ausübung auch an bestimmte Zeiträume gebunden sein kann, so daß sie einen Monat um den anderen, oder ein Jahr um das andere auszuüben sind, die verdoppelte Usucapionszeit zum Untergange durch Nichtgebrauch für nöthig erachtet

---

438) L. 6. pr. D. 8. 5. L. 13. D. 8. 6. Darauf hat besonders Zachariä von Lingenthal aufmerksam gemacht.

439) L. 7. D. 8. 6.

440) L. 13. C. III. 34.

441) L. 3. §. 3. D. 7. 1.

wurde[442]). Das Resultat von Elvers ist, daß auch in Bezug auf die Aufhebung durch Verjährung ein durchgreifender Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten nicht besteht, daß alle Realservituten nur durch usucapio libertatis untergehen und nur für die Wege-, Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten der Untergang durch Nichtgebrauch anzunehmen ist. Auch Justinian habe diesen Unterschied in L. 13. C. III. 34. nicht aufgehoben und keineswegs überall Untergang durch Nichtgebrauch eingeführt, da er dort ausgesprochener Maßen nur die Aenderung der Verjährungszeit im Sinne gehabt habe. — Gegen diese Deduction ist folgendes zu erinnern. Man kann zugeben, daß der Untergang durch Nichtgebrauch zunächst für die Wege- und Wasserleitungsservituten sanctionirt worden sei, weil diese die ältesten waren, und zu der Zeit, wo dieses Princip eingeführt wurde, andere Bildungen ländlicher Servituten noch nicht bestanden. Aber etwas so anomales vermögen wir, nachdem einmal das Princip durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt feststand, darin nicht zu erblicken, daß dessen analoge Ausdehnung auf andere ländliche Servituten nicht zulässig gewesen wäre. Ist ja das Institut der Klagenverjährung bei den Temporalklagen nicht durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, sondern wahrscheinlich nur durch den Prätor geschaffen, und es ist dieses dem Civilrechte gegenüber nicht weniger abnorm als der Untergang durch Nichtgebrauch, und welches Bedenken sollte, nachdem dieses sanctionirt war, dessen weiterer Ausdehnung entgegengestanden haben, da dieselbe so nahe lag. Wenn die servitus arenae fodiendae und lapidis eximendi als solche aufgeführt werden, welche nur in langsam wiederkehrenden Perioden, nämlich nur, wenn zur Substanzbesserung des herrschenden Grundstückes derartiges Material erforderlich war, ausgeübt werden konnten, und deren Nichtgebrauch in einem zweijährigen und längeren Zeitraume häufig durch die Natur der Umstände geboten war, so ist dies eine nicht immer zutreffende, wohl öfters nicht vorhandene Voraussetzung; denn Steine und Sand werden nicht blos zum Bauen, sondern auch zum Bessern und Erhalten der Wege gebraucht und das Bedürfniß dazu kehrt, wenn die Wege viel gebraucht werden, nicht blos alljährlich, sondern oft mehrmals im Jahre wieder; es ist also Veranlassung häufig genug zur Ausübung der Servitut vorhanden. Dem steht nicht entgegen, daß beide Servituten nur in Betreff des Bauens des herrschenden Grundstückes erwähnt werden, indem dies blos beispielsweise geschehen ist. Wenn ja irgend eine Schwierigkeit hier dem Untergange durch Nichtgebrauch in der kurzen Verjährungszeit entgegengestanden hätte, so ist diese mit Verlängerung der Verjährungszeit durch Justinian als völlig beseitigt zu betrachten und für das neueste Recht wenigstens ein Grund, die usucapio libertatis bei den ländlichen Servituten mit Ausnahme der Wege- und Wasserleitungsservituten

442) L. 7. D. 8. 6.

für nothwendig zu halten, nicht vorhanden. Für die servitus arenae fodiendae oder lapidis eximendi hätte sich die Doctrin ebensowohl mit Verdoppelung, Verdreifachung u. s. w. der kurzen Verjährungszeit helfen können, wie sie sich bei Wege- und Wasserleitungsservituten half. Wenn wir hiernach auch der Meinung von Elvers nicht beipflichten können, so glauben wir doch auch den hinsichtlich der städtischen und ländlichen Servituten gewöhnlich gemachten Unterschied hinsichtlich der aufhebenden Verjährung, daß zu ersteren usucapio libertatis erforderlich sei, zu letzteren Nichtgebrauch während der gesetzlichen Zeit genüge, insofern verwerfen zu müssen, als uns derselbe nicht mit der Eintheilung in städtische und ländliche Servituten zusammenzuhängen scheint, als vielmehr mit dem Unterschiede zwischen positiven und negativen Servituten, und was die positiven betrifft, darauf Gewicht zu legen ist, ob zur Vornahme der Handlung auf dem dienenden Grundstücke, zu welcher die Servitut ermächtigt, eine dauernde Vorrichtung auf demselben nothwendig sei oder nicht. Bei den positiven Servituten erachten wir Nichtgebrauch zum Untergange für genügend, außer wenn zur Ausübung der Servitut eine dauernde Vorrichtung auf dem dienenden Grundstücke nothwendig ist, welchenfalls wir usucapio libertatis verlangen; was selbst bei der servitus aquaeductus der Fall ist, da diese ohne eine solche Vorrichtung nicht ausgeübt werden kann, weshalb wir für nöthig erachten, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes der Ausübung der Servitut, welche durch bloßen Nichtgebrauch nicht erlöschen kann, weil, so lange diese Vorrichtung zur Wasserleitung besteht, das Wasser auch beständig läuft, ein Hinderniß entgegensetze, so daß das Wasser nicht mehr laufen kann. e) Wahre Bedeutung der Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche Servituten[443]). Nach den vorigen Ausführungen, bei denen wir Elvers gefolgt sind, kommen wir mit ihm, ungeachtet der Bemerkungen gegen seine Ansicht, daß der Untergang durch Nichtgebrauch sich lediglich auf die Wege- und Wasserleitungsservituten beschränke und auf andere ländliche Servituten nicht ausgedehnt worden sei, indem wir für Ausschließung dieser Erlöschungsart bei diesen keine in der Natur der fraglichen Servituten selbst liegenden Gründe aufzufinden vermögen, gleichwohl aber auch, daß sie bei ihnen wirklich stattgefunden habe, nicht nachweisen können, zu dem Resultate, daß zwischen städtischen und ländlichen Servituten überall keine principiellen Unterschiede stattfinden, ein Resultat, welches schon vorher Zachariä von Lingenthal aufgestellt hat[444]). Dieses Resultat steht

---

443) Elvers a. a. O. S. 377—384.

444) Die Behauptung, daß alle ländlichen Servituten durch eigene Interdicte geschützt worden seien, die städtischen nicht, ist schon insofern unrichtig, als die städtische Servitut cloacam immittendi allerdings durch das Interdict de cloacis wenigstens in der Beziehung geschützt war, daß Störungen bei der Reparatur zurückgewiesen wurden. Bei der gänzlichen Freiheit, welche die Römer

auch allein mit dem Geiste der ganzen römischen Servitutenlehre in Einklang. Mit der gänzlichen Freiheit der Privaten in der Servitut-errichtung verträgt es sich wohl, daß das Recht einzelnen bestimmten Bildungen, wie sie herkömmlich öfters begründet werden, besondere durch den Privatwillen nicht zu realisirende Wirkungen beilegt; allein damit steht in Widerspruch das Einzwängen aller möglichen Servituten-bildungen in zwei starre unbeugsame und nach der herrschenden Ansicht blos nach äußeren Merkmalen bestimmte Kategorieen, und die Beurtheilung derselben, je nachdem sie in die eine oder andere dieser Kategorieen fallen, nach verschiedenen Grundsätzen ohne irgend eine Rücksicht auf den Willen der Constituenten. Hiernach ermangelt die Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche alles Werthes für das System. Der Grund dieser Eintheilung kann nicht mit Zachariä von Lingenthal allein in dem Satze: servitus praedio utilis esse debet, gefunden werden, dergestalt, daß ihr nur die Bedeutung beigelegt wird, daß einmal manche Servituten ihres Inhaltes wegen nur einem praedium urbanum, andere ebenso nur einem praedium rusticum zustehen können, weil sie nur einem solchen Grundstücke Nutzen zu bringen vermögen, und dann, daß Servituten, welche beiden Arten von Grundstücken zustehen können, gleichwohl, je nachdem sie im gegebenen Falle dem einen oder anderen praedium zustehen, von sehr verschiedenem Inhalte sein müssen, da dieser sich nach dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes, welches in jedem Falle verschieden ist, richtet. Auf diesem Wege erklärt sich aber nicht, warum die römischen Juristen diese Eintheilung so vielfach berücksichtigten und auch da die iura praediorum rusticorum und urbanorum statt der Servituten erwähnten, wo es sich um ganz andere Lehren handelte, als die, auf welche Zachariä die Wirkung der Eintheilung beschränken will. Räthselhaft bleibt auch, warum gerade dieser eine Satz das ganze Servitutensystem beherrschen soll, da ihm doch sonst keine größere Bedeutung beigelegt wird, als manchen anderen Lehren. Vielmehr hätte die Eintheilung der Servituten nach der Natur der Servitutbefugniß in positiven und negativen Servituten gelegen. Man muß mit Elvers auf die Entstehungsgeschichte der Servituten zurückgehen. Die Römer haben diese Eintheilung der Servituten nicht gemacht, sie ist älter als der ganze Servitutenbegriff, der aus beiden Arten erst allmälig entstanden ist. Die Wege- und Wasserleitungsservituten waren die ältesten Servitutenbildungen; mit ihnen waren die iura praediorum, wie sie in der ältesten Zeit alle heißen mochten, für längere Zeit abgeschlossen, und erst nach Ausbildung der städtischen Servituten entstanden neue ländliche Servituten. Beweis dafür ist, daß nicht blos Gajus, welcher nur die Wege- und Wasser-

in der Servitutenerrichtung anerkannten, war es auch ganz unmöglich, daß der Prätor für jede durch den Privatwillen geschaffene Servitutenbildung ein Interdict in seinem Edict im voraus fertig haben konnte.

leitungsservituten als ländliche zu kennen scheint, als iura praediorum urbanorum eine Reihe einzelner Arten einführt[445]), sondern auch Ulpian, welcher die späteren ländlichen Servituten noch nicht als eigentliche iura praediorum rusticorum betrachtet, sondern von ihnen nur sagt: in rusticis computanda sunt[446]), doch ohne Bedenken städtische Servituten als solche bezeichnet[447]). Die gewöhnlichsten und wohl auch ältesten Formen der städtischen Servituten, die servitus protegendi, tignum immittendi, altius non tollendi, können wegen ihrer in der äußeren Erscheinung sehr geringen Aehnlichkeit mit den Wege- und Wasserleitungsservituten nicht wohl durch allmälige Erweiterung der letzteren Eingang im Rechte gefunden haben, sondern haben sich unabhängig und selbstständig unmittelbar im römischen Leben und lange Zeit von der Rechtswissenschaft unbemerkt entwickelt. Die Ausbildung solcher Verhältnisse wurde besonders durch die Zunahme der Bevölkerung und die dadurch herbeigeführte Vermehrung der Gebäude innerhalb der Städte, namentlich innerhalb Roms, veranlaßt. Die Nothwendigkeit führte dazu, und lange mögen derartige Verhältnisse bestanden haben, ehe sie zur richterlichen Cognition kamen; als obligatorische Verhältnisse gewährten sie, seitdem der Grundbesitz nicht mehr in festen Händen war, keine dauernde Sicherheit, was doch nöthig war, und so gelangte man dahin, sie als eigenes dingliches Rechtsinstitut aufzufassen. Die Rechtswissenschaft faßte sie zu einem Gesammtbegriffe zusammen, den sie nach dem Orte, wo sie bisher allein entstanden waren, als iura praediorum urbanorum bezeichnete, und wendete hierauf die Usucapion an, um für die einzelnen Fälle einen geeigneten Entstehungsgrund zu haben, welchen die bloße Einwilligung der Nachbarn nicht gewähren konnte. Die lex Scribonia untersagte die Usucapion[448]) und bezweckte damit vielleicht, die Constituenten solcher Servituten zur feierlichen Errichtung derselben, namentlich durch in iure cessio, zu veranlassen. Mit dem Namen iura praediorum urbanorum wurde also ursprünglich eine Reihe einzelner innerhalb der Städte zwischen den mit Gebäuden bedeckten Plätzen entstandener Servitutenbildungen bezeichnet, ohne daß deren Kreis abgeschlossen war. So fügt Gajus bei Aufzählung der städtischen Servituten, nachdem er die gewöhnlichen Formen genannt hat, hinzu: ceteraque istis similia[449]). Dies deutet darauf hin, daß dieser Begriff zu einer Zeit entstanden ist, wo die Freiheit der Servitutenbildung Anerkennung zu finden anfing und das Recht dehnbarer und entwickelungsfähiger geworden war. Demgemäß wurden die ursprünglich nur der Stadt angehörigen Bildungen auch für ländliche Grundstücke zugelassen, als sie für alle Fälle außerhalb der Stadt, in denen Gebäude

445) L. 2. D. 8. 2.
446) L. 1. §. 1. D. 8. 3.
447) L. 3. 15. D. 8. 2.
448) L. 4. §. 29. D. 41. 3.
449) L. 2. D. 8. 2.

in der Nähe der Grenzen errichtet werden sollten, brauchbar erschienen; man behielt aber doch den einmal üblichen Namen iura praediorum urbanorum bei, und deshalb nannte die Doctrin alle mit Gebäuden versehene Grundstücke praedia urbana[430]). Für einige Bildungen, wie die servitus tigni immittendi, war es auch bei der Uebertragung der städtischen Servituten auf das Land durchaus nothwendig, daß herrschendes und dienendes Grundstück praedia urbana in diesem neuen Sinne waren; für andere, wie die servitus stillicidii immittendi, protegendi u. s. w. genügte, wenn nur das herrschende Grundstück ein Gebäude war. Manche Servituten, wie die servitus altius non tollendi, waren zwischen zwei ganz leeren Plätzen denkbar; sie kamen aber zuerst auf das Land in der Gestalt, welche sie in der Stadt erhalten hatten, zum Schutze der Häuser vor Verdunkelung, und daher war auch bei ihnen das herrschende Grundstück ein praedium urbanum. Das Resultat war die Möglichkeit der städtischen Servituten auf dem Lande, wenn wenigstens das herrschende Grundstück praedium urbanum war. Obwohl nach Gewinnung des Gesammtbegriffes der Servituten der Name iura praediorum urbanorum überflüssig war, so behielt doch die römische Rechtswissenschaft, ihrem historischen Charakter treu bleibend, die durch die historische Entwickelung gegebene Eintheilung der Servituten im Namen und im System bei, mußte aber, da manche Regeln nicht für die Servituten überhaupt, sondern nur für die beiden Klassen aufgestellt zu werden pflegten, alle neu entstehenden Bildungen unter die eine oder andere Klasse bringen, obgleich deren sich schon in dem Namen aussprechende Anlage ursprünglich nicht auf einen so weiten Umfang berechnet war. Der ursprüngliche Gesichtspunkt, welcher bei Entstehung dieser Klassen gewesen war, ob die Servitut in der Stadt entstanden sei oder nur auf dem Lande vorkomme, genügte nach der Versetzung der in der Stadt zur Anerkennung gelangten Servituten als iura praediorum urbanorum auf das Land nicht mehr, und mußte nun der Frage weichen, ob die Servitut zu Gunsten von praedia urbana im neuen weiteren Sinne bestehe oder nicht. Daher kam es, daß auch die alten städtischen Servitutenbildungen, aus denen der Begriff der iura praediorum urbanorum erst entstanden war, wenn sie für noch ganz unbedeutende Grundstücke, also praedia rustica bestellt waren, unter die ländlichen Servituten gezählt wurden[431]). Die Eintheilung in Urban- und Rusticalservituten hatte also einen blos historischen Werth ohne praktischen Erfolg schon bei den Römern.

2) Einzelne Realservituten[432]). a) Servitutes praediorum urbanorum. aa) Servitus oneris ferendi, diejenige Servitut, vermöge welcher das berechtigte Gebäude auf des Nachbars

430) §. 1. Inst. II. 3. L. 1. D. 8. 4. L. 198. D. 50. 16.

431) L. 2. D. 8. 3.

432) Ungeachtet nach dem Vorigen der Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum ein blos historischer ist, so haben wir doch

Mauer ruhen darf und der Inhaber der letzteren verpflichtet ist, die Mauer in einem zum Tragen der auf ihr ruhenden Last stets geeigneten Zustande zu erhalten. Ueber die dabei vorkommende Anomalie, die Verpflichtung des Servitutverpflichteten zu einem positiven Thun, verweisen wir auf das bei Beleuchtung des Satzes: servitus in faciendo consistere nequit, Gesagte. bb) Servitus tigni immittendi, das Recht, einzelne Balken oder Steine in des Nachbars Gebäude einlassen zu dürfen, sei es nun, um einen durch Säulen zu stützenden Balcon anzulegen oder anderer Zwecke halber[453]). Der wesentliche Unterschied dieser Servitut von der servitus oneris ferendi besteht darin, daß bei letzterer das ganze Gebäude auf der Mauer des Nachbars ruht. Die bei der servitus oneris ferendi eintretende Anomalie, daß der Servitutverpflichtete zum Zwecke der Ausübung der Servitut zu einem positiven Thun verpflichtet ist, findet bei dieser Servitut nicht statt[454]). Der Berechtigte darf die unbrauchbar gewordenen Balken durch andere ersetzen; er darf aber keineswegs zur Erweiterung seines Gebäudes mehr Balken als er vorher einzulegen berechtigt war, einlegen[455]). 10) Servitus proiiciendi et protegendi[456]). Die servitus proiiciendi ist das Recht, einen Ausbau, wie einen Balcon, Erker, eine Gallerie von seinem Gebäude über das Grundstück des Nachbars herüberragen zu lassen, ohne daß derselbe auf dem nachbarlichen Grundstücke irgendwo aufruht. Wenn dies zum Schutze des berechtigten Gebäudes geschieht, so heißt die Servitut servitus protegendi, welche also in dem Rechte besteht, ein Wetterdach von seiner Wand aus in den Luftraum des Nachbars hinüberragen zu lassen. Beide Servituten unterscheiden sich von der servitus tigni immittendi darin, daß bei ihnen wie bei dieser nicht das Gebäude des Nachbars, sondern nur dessen Luftraum berührt wird. Der Unterschied zwischen proiectum und immissum wird schon von Labeo dahin angegeben, daß das immissum irgendwo aufruhe, das proiectum nicht[457]). Beide Servituten beruhen auf dem Grundsatze, daß die Luftsäule über einem Grundstücke

---

diese Classification beibehalten, weil in den Quellen die Servituten in eine beider Klassen eingereiht werden.

453) L. 8. §. 1. D. 8. 5. L. 242. §. 1. D. 50. 1.

454) L. 8. §. 2. D. 8. 5.

455) L. 14. pr. D. 8. 5. Unter den tigna nova sind hier nur tigna plura zu verstehen, was die vorhergehenden Worte, quae antea habueris, ergeben. Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 74. Eine eigenthümliche Erklärung haben die Byzantiner gehabt, indem sie unter nova tigna Balken, welche dicker sind als die früher eingelegten, verstehen. Dies geht aus dem sog. Tipuritus hervor, welcher den Inhalt der angezogenen Stelle so anzeigt: *καὶ περὶ δοκῶν ἐμβολῆς ἐν τῷ τοίχῳ μου παχυτέρων τῶν πρωήν.* Vgl. Basil. ed. Heimb. tit. V. not. 6. p. 199. Daß auch gegen Einlegung dickerer Balken als die früher eingelegten waren, der Servitutverpflichtete ein Widerspruchsrecht habe, kann nicht bezweifelt werden.

456) L. 2. D. 8. 2.

457) L. 242. §. 1. D. 50. 16.

sich ebenfalls im Eigenthum des Grundeigenthümers befinde. dd) Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi und stillicidii vel fluminis non recipiendi. Erstere Servitut (Tropfenfall, Traufrecht) ist das Recht, kraft dessen der Nachbar das von dem berechtigten Gebäude abfließende Regenwasser aufzunehmen verbunden ist[458]). Letztere Servitut ist das Recht, vermöge dessen der Nachbar das Regenwasser, welches von seinem Dache tropfenweise oder stromweise fällt, nicht in sein Haus, Baustelle oder Cloake aufnehmen darf, vielmehr dem Servitutberechtigten zukommen zu lassen verbunden ist, weshalb auf das früher Bemerkte zu verweisen ist. Nur auf die servitus stillicidii recipiendi scheinen sich folgende Bestimmungen über die Verbindlichkeiten des Servitutberechtigten und Servitutverpflichteten zu beziehen. Der Verpflichtete darf da, wo das Wasser seinen Abfall hat, nicht in der Weise bauen, daß der Abfluß dadurch gehindert wird; der Berechtigte darf keine Veränderung mit der Traufe vornehmen, welche dem dienenden Grundstücke beschwerlicher ist. Die Servitut kann ohne Widerspruch erleichtert werden. So ist Erhöhung der Gefälle nach Willkür zulässig, nicht aber Erniedrigung desselben, weil dadurch der Abfluß stärker wird und das flumen beschwerlicher ist als das stillicidium. Ebenso ist ein Zurückziehen der Dachtraufe nach dem berechtigten Grundstücke zu, nicht aber ein weiteres Herausrücken auf des Nachbars Grundstück hin zulässig[459]). ee) Servitus luminum und servitus ne luminibus officiatur. Die servitus luminum hat von jeher einen Gegenstand des Streites abgegeben[460]). Den meisten Beifall verdient die am meisten verbreitete Ansicht, daß darunter das Recht zu verstehen sei, Fenster in einer fremden oder gemeinschaftlichen Mauer anzulegen. Eine praktische Bedeutung kann man aber diesem ganzen Streite nicht beilegen, da diese römische Servitut aus sprachlichen Gründen in Teutschland keine Wurzel hat fassen können[461]). In Teutschland kommen häufig besondere Beschränkungen selbst rücksichtlich der Anlegung von Fenstern

458) L. 2. L. 20. pr. §. 1—6. D. 8. 2. Stillicidium und flumen unterscheiden sich so, daß ersteres das tropfenweise vom Dache fallende, letzteres das in Rinnen oder Kanäle gesammelte, sich stromweise vom Dache ergießende Regenwasser bedeutet: Varro de Lingua Latina p. 18.

459) L. 20. §. 3. 5. D. 8. 2.

460) Von dieser Servitut sprechen L. 4. 40. D. 8. 2. L. 8. C. III. 34. Die verschiedenen Ansichten siehe bei Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 658—663 und Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. I, S. 105 flg. Die Vertheidiger der verschiedenen Ansichten sind vorzüglich Feuerbach, civil. Versuche Nr. 1. Dabelow, über die servitus luminum der Römer, Halle u. Leipzig 1804. Moser, Beiträge zur römischen Gesetzkunde, Stuttgardt 1815. Stever, de servit. cap. III. §. 6. sq. Griesinger, de servitute luminum et ne luminibus officiatur, Reutl. 1819. Goldschmidt, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, Nr. 18. Luden, von den Servituten §. 24. Fahan, das Fenster- und Lichtrecht (Berlin 1825) §. 2, 7. Reinhard, Ergänzungen zu Glück Erl. der Pand. Bd. III, S. 283 flg.

461) Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. I, S. 571.

in der eigenen Mauer vor[462]). Die servitus ne luminibus officiatur ist das Recht, vermöge dessen der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nichts vornehmen darf, wodurch die Hellung des herrschenden Grundstückes vermindert wird. Ist bei Bestellung dieser Servitut über ihren Umfang nichts bestimmt worden, so bezieht sie sich nicht blos auf das gegenwärtige, sondern auch auf das zukünftige Licht[463]). Das Licht kann nicht blos durch Höherbauen des benachbarten Gebäudes entzogen werden, obgleich dies der gewöhnlichste Fall ist, sondern es ist wenigstens Schmälerung oder Verminderung desselben auch auf andere Weise möglich, z. B. durch Pflanzen von Bäumen vor das berechtigte Gebäude von Seiten des Nachbars. Daher darf bei dieser Servitut der Nachbar auch keine verdunkelnden Bäume pflanzen[464]); durch das Pflanzen solcher Bäume kann aber auch der Nachbar nicht die Freiheit von der Servitut erlangen, weil der Servitutberechtigte wegen der beständigen Bewegung der Bäume immer noch Licht von Zeit zu Zeit erhalten kann[465]). Unter Umständen ist selbst durch Erniedrigung des nachbarlichen Gebäudes eine Entziehung des Lichtes möglich und daher eine Verletzung der Servitut[466]). ff) Servitus prospectus und ne prospectui officiatur. Sehr bestritten ist, ob diese Servituten sich ebenso wie die servitus luminum und ne luminibus officiatur unterscheiden und worin dieser Unterschied bestehe[467]). Am richtigsten ist die Ansicht, daß die verschiedenen Benennungen, unter welchen die Servitut in den Quellen vorkommt[468]), nur eine und dieselbe Servitut bezeichnen; diese Ansicht ist auch unter den neueren Civilisten die herrschende[469]). Diese Servitut geht weiter als die servitus ne luminibus officiatur und verpflichtet den Inhaber des dienenden Grundstückes zu einem Mehreren als letztere Servitut, indem sie denselben nicht allein am Höherbauen, sondern auch an der Vornahme anderer Handlungen verhindert, wodurch die Aussicht geschmälert wird. gg) Servitus altius tollendi und servitus ne altius tollatur. Letztere

462) So kommt häufig das Fenster- oder Lichtrecht vor, welches die natürliche Freiheit beschränkt, nach Willkür Fenster anzulegen, welche auf den Grund und Boden des Nachbars geben, diesem aber auch, wo sie hergebracht sind, die Freiheit zu bauen entzieht. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 183.

463) L. 22. 23. pr. D. 8. 2.

464) L. 17. pr. D. 8. 2.

465) L. 7. D. 8. 2.

466) L. 17. §. 2. D. 8. 2.

467) Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 127 flg. Griesinger, de servitute luminum. App. I. cap. 1. p. 233. sq.

468) Sie wird genannt servitus prospiciendi in §. 2. Inst. IV. 6., servitus de prospectu in L. 12. D. 8. 2., servitus ne prospectui officiatur, oder ne prospectui offendatur, oder ne prospectui obsit in L. 3. 15. D. 8. 2. L. 5. pr. D. 39. 1.

469) Schon Glück a. a. O. und Griesinger l. c. cap. 2. p. 241. sq. sind dieser Ansicht.

Servitut ist, worüber allgemeines Einverständniß herrscht, das Recht, vermöge dessen der Inhaber eines Gebäudes dasselbe zum Vortheile eines anderen Gebäudes nicht erhöhen darf[470]). Sie geht auf der einen Seite weiter, auf der anderen ist sie beschränkter als die servitus ne luminibus officiatur. Denn das Licht kann nicht blos durch Höherbauen eines dienenden Gebäudes entzogen werden; ebenso kann aber auch der Zweck der servitus altius non tollendi nicht blos darauf gerichtet sein, daß dem Nachbar das Licht nicht entzogen werde[471]). Desto bestrittener ist die servitus oder das ius altius tollendi. Wir verweisen wegen der verschiedenen Ansichten auf die frühere Ausführung und verstehen mit Elvers darunter die dem Eigenthümer in iure cedirte Freiheit von der servitus altius non tollendi. Da aber nur in der Form der Uebertragung der Servituten durch in iure cessio im älteren Rechte der Grund zu suchen ist, warum es im älteren Rechte zur Aufgebung einer Servitut einer Rückcession in derselben Form bedurfte und diese so dem Eigenthümer zurückcedirte und aufgegebene Servitut als eine neue Servitut behandelt wurde, so kann im Justinianeischen Rechte, wo die Form der in iure cessio verschwunden ist und Servituten durch einfachen Verzicht verloren gehen, von einer eigenen servitus altius tollendi nicht die Rede sein, und es ist blos als eine der vielen Unachtsamkeiten und Nachlässigkeiten der Compilatoren zu betrachten, wenn sie dessen ungeachtet die Stellen der juristischen Schriften, welche von einer solchen Servitut reden, aufgenommen haben. hh) Servitus cloacae, das Recht, Unreinigkeiten, namentlich unreines Wasser von dem herrschenden Grundstücke in das dienende durch einen Canal zu leiten[472]). ii) Servitus sterculinii, das Recht, ein heimliches Gemach oder eine Mistgrube an der Wand des Nachbars anzulegen, bei den Neueren auch servitus latrinae genannt[473]). In den mittelalterlichen sächsischen Rechtsquellen findet sich die in den Ländern sächsischen Rechtes noch heutzutage giltige Bestimmung, daß dergleichen Gegenstände, ingleichen Backöfen und Schweinekoben drei Fuß von der Grenze des Nachbars entfernt bleiben sollen[474]). kk) Servitus fumi immittendi, das Recht, den Rauch von dem herrschenden Gebäude in das benachbarte

---

470) L. 2. L. 11. §. 1 L. 12. D. 8. 2.

471) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. I, S. 144.

472) L. 7. D. 7. 1. Diese Servitut wird auch unter den Rusticalservituten mit aufgeführt. L. 2 D. 8. 3. Im byzantinischen Rechte kommen ausführliche hierauf bezügliche Vorschriften vor bei Harmenop. Manual. Leg. lib. II. tit. 4. no. 79—81. p. 284. sq. edit. Heimbach iun.

473) L. 17. §. 2. D. 8. 5. Auch in Bezug auf die Anlegung heimlicher Gemächer und Düngergruben enthält das byzantinische Recht besondere Bestimmungen. Vgl. Harmenop. l. c. no. 78. p. 282. sq. edit. Heimbach.

474) Sächs. Landrecht B. 2, Art. 51. Magdeb. Weichbildrecht Art. 122. Der Ausdruck Gang im Sachsenspiegel wird gewöhnlich nur von heimlichen Gemächern verstanden; er kann aber auch Schleuße, Cloake bedeuten. Das OAGericht zu Jena hat ihn auch im letzteren Sinne genommen.

zu leiten[475]). b) Servitutes praediorum rusticorum. aa) Wegegerechtigkeiten (servitus itineris, actus, viae). Ueber den Unterschied dieser Servituten ist viel Streit[476]). Unbestritten ist der Inhalt der servitus itineris. Iter bezeichnet schon seiner Ableitung nach einen nur zum Gehen bestimmten Weg, und ursprünglich ist darauf auch bei den Römern diese Servitut beschränkt gewesen[477]). Die Servitut umfaßte aber auch das Recht, über das dienende Grundstück zu reiten und sich in einem Tragsessel (sella) oder Tragbette (lectica) tragen zu lassen[478]). Diese Erweiterungen der Servitut gehören erst der späteren Zeit an, sind aber noch in die Zeit des römischen Freistaates zu setzen, da insbesondre der Gebrauch der Tragbetten bei den Römern erst in der späteren republikanischen Zeit allgemein wurde. Diese Erweiterungen konnten auch nicht bedenklich fallen, da das Reiten nicht viel größeren Raum als das Gehen erforderte, was auch von dem Rechte, sich in einer Sänfte tragen zu lassen, galt, da diese von einzelnen hintereinander gehenden Sclaven getragen wurde. Die gedachten Erweiterungen gehören aber nicht nothwendig zum Begriffe der Servitut, welcher nur die Befugniß zum Gehen als in derselben enthalten wesentlich voraussetzt. Die servitus actus begreift ebenso ursprünglich nur das Recht der Viehtrift in sich, was schon aus der Ableitung hervorgeht; sie enthält aber auch regelmäßig noch das Recht, über das dienende Grundstück zu fahren[479]), eine Erweiterung, welche ursprünglich nicht in dem Begriffe der Servitut, wie ihn die Ableitung ergiebt, liegt, und wohl darin ihren Grund hat, daß das Recht, Vieh zu treiben, an sich schon einen viel größeren Raum erfordert, als das Recht zu gehen, auch für das dienende Grundstück viel beschwerlicher ist, weil sich das Recht des Berechtigten nicht auf Ein Stück Vieh beschränkt und dieses nicht immer gerade dieselbe Richtung wie bei dem Reiten verfolgt[480]), mithin auch das Recht zu fahren dem dienenden Grundstücke zu keiner größeren Beschwerde gereichte, als das Recht der bloßen Viehtrift, bei welchem das Vieh die bestimmte Richtung des Weges einzuhalten viel weniger angehalten werden kann, als wenn es zum Ziehen eines Fuhr-

---

475) L. 8. §. 5—7. D. 8. 5.

476) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. X, §. 674—676, S. 139—163. Puchta, civil. Abhdl. Nr. 3. Sommer, im Archiv für civil. Praxis Bd. III, Nr. 20, S. 314—324. Gensler ebd. Bd. IV, Nr. 20, S. 244—272. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 651—656. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. I, S. 112—116. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, S. 572—575.

477) Daher sagt L. 1. pr. D. 8. 3.: Iter est ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi.

478) L. 12. D. 8. 3.: Iter est enim, quo quis pedes vel eques commeare potest. L. 7. pr. D. eod.: Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere, dicitur.

479) L. 1. pr. D. 8. 3.: Actus est ius agendi vel iumentum, vel vehiculum. L. 7. D. eod.: Qui actum habet, et plaustrum ducere, et iumentum agere potest. L. 12. D. eod.: Actus est, ubi et armenta traiicere et vehiculum ducere liceat.

480) Hoffmann, Lehre von den Servituten S. 114.

werkes gebraucht wird. Wesentlich gehört zur servitus actus nur das Recht der Viehtrift; das ius itineris kann ausdrücklich von dieser Servitut ausgenommen werden [481]), d. h. das Recht allein und ohne Vieh, welches man treibt, zu gehen; denn das Recht des das Vieh Treibenden, mit dem Vieh, welches er treibt, über das dienende Grundstück zu gehen, ist nothwendig mit der servitus actus verbunden und kann von derselben nicht getrennt werden. Daher erklärt Paulus, wenn der Testirer den actus legirt hat und das iter wieder davon wegnimmt, diese ademtio für ungiltig [482]), was von dem mit der Viehtrift nothwendig verbundenen Rechte des Treibenden, über das dienende Grundstück zu gehen, zu verstehen ist [483]). Ebensowenig wie das selbstständige Recht zu gehen, gehört das Recht zu fahren wesentlich zum Begriffe der servitus actus [484]). Das Wort via bezeichnet ursprünglich seiner Ableitung nach (nach Varro von vehi) einen Fahrweg; es wird aber auch im weiteren Sinne für jeden Weg genommen, ohne daß der Zweck der Benutzung des Weges angedeutet wird. So wie das iter ursprünglich auf das Gehen, der actus auf das Viehtreiben beschränkt war, so scheint die servitus viae anfänglich wesentlich das Recht über ein fremdes Grundstück zu fahren begriffen zu haben; erst einer späteren Zeit ist es zuzuschreiben, daß die via das iter und den actus in sich begreift, weshalb sie durch iter et actus ausgedrückt wird [485]), auch die darin enthaltenen Befugnisse durch ire agere bezeichnet werden [486]). Seitdem der actus regelmäßig auch das Recht zu fahren und das iter in sich begriff, mußten für die via noch besondre Merkmale aufgestellt werden, und als solche stellte die römische Juris-

---

481) L. 4. §. 1. D. 8. 5.: Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utatur.

482) L. 1. D. 34. 4.: Qui actu legato iter adimit, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest von Paulus.

483) Auf diese Weise läßt sich der Widerspruch zwischen Paulus und Ulpian (in L. 4. §. 1. D. 8. 5.) am besten beseitigen, und dies ist die Ansicht der Meisten. Vgl. Glück a. a. O. Bd. X, S. 153 flg. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Hoffmann a. a. O. S. 114. Dagegen will Puchta, civil. Abhdl. S. 118, in den Worten des Paulus eine Hinweisung auf die Untheilbarkeit der servitus actus finden, so daß der Jurist den Gedanken habe ausdrücken wollen, daß von der einmal bestellten servitus actus das iter nicht mehr getrennt werden könne. Vangerow a. a. O. 652 findet diese Erklärung weit vorzüglicher und beruft sich auf L. 13. §. 1. D. 46. 4. Allein letztere Stelle beweist nur, daß iter-actus zusammen die via ausmacht, daher derjenige, welcher die via stipulirt hatte und die Acceptilation hinsichtlich des iter et actus erklärte, dadurch den promissor liberirte. Nur wenn der Testirer iter et actum legirt hätte, könnte die ademtio des iter ungiltig sein, weil iter et actus zusammen die via bilden und beide Befugnisse nothwendig zum Begriffe derselben gehören, während der actus auch ohne ein selbstständiges Recht zu gehen gedacht werden kann.

484) L. 13. D. 8. 1. verb.: Sed si iumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum, actus videtur acquisitus.

485) L. 13. §. 1. D. 41. 4.

486) L. 9. D. 8. 1. L. 7. D. 8. 3.

prudenz das Recht, Balken und Steine über das fremde Grundstück zu schleifen und das ius rectam hastam referendi auf[487]). Was unter dem letzteren zu verstehen sei, ist bestritten[488]), für das praktische Recht aber ohne Bedeutung. Der Unterschied der servitus viae von der servitus actus besteht demnach darin, daß erstlich die via das iter nothwendig in sich begreift und ohne dasselbe nicht denkbar ist, während der actus zwar regelmäßig das iter enthält, aber doch ohne dasselbe gedacht werden kann; daß zweitens die via das Fahrrecht stets enthält, während es im actus zwar in der Regel enthalten ist, aber nicht nothwendig enthalten sein muß; daß drittens die via das Recht Balken und Steine zu schleifen enthält, welches im actus nie begriffen ist. Die ausschließliche Klagformel für die servitus viae war: ius mihi esse, i r e a g e r e per fundum tuum[489]). Hiernächst ist der via eine Bestimmung der Breite des Weges eigenthümlich, welche sich bei den beiden anderen Servituten nicht findet. Die Bestimmung der 12 Tafeln, daß die via geradeaus (in porrectum) 8 Fuß, in der Biegung (in anfractum) 16 Fuß breit sein müsse[490]), ist, wenn sie auch wahrscheinlich ursprünglich nicht von der servitus viae, sondern vielmehr von den öffentlichen Wegen zu verstehen ist[491]), von den Juristen auf diese Servitut übertragen worden[492]); es kann aber durch Vertrag diese Breite erhöht oder gemindert werden, nur muß der Weg immer noch so breit sein, daß ein Fuhrwerk darüber gehen kann[493]). Die Breite des Weges auch bei den anderen Wegegerechtigkeiten hängt zunächst von dem Willen der Servitutbesteller ab[494]). Der überlassene Raum muß aber doch wenigstens immer die Breite haben, daß die wesentlichen Rechte der bestellten Wegegerechtigkeit ausgeübt werden können; sonst besteht entweder gar keine Wegegerechtigkeit oder eine von geringerem Umfange als die gestattete[495]).

487) L. 1. pr. D. 8. 3.: Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se continet. L. 7. pr. D. eod.: Qui viam habent, eundi agendique ius habent, plerique et trahendi et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat. Das ius trahendi lapidem aut tignum und rectam hastam ferendi wird dem zum actus Berechtigten an letzterer Stelle ausdrücklich abgesprochen.

488) Vgl. über die verschiedenen Ansichten V a n g e r o w a. a. O. S. 654.

489) L. 9. pr. D. 8. 5. G l ü c k a. a. O. Bd. X, S. 160. Zwar hält dies V a n g e r o w a. a. O. S. 654 für eine unerwiesene Conjectur. Allein die via wurde auch so bestellt, ut ire agere liceat. L. 6. §. 1. D. 8. 6. verb.: Caeterum si ita consistutum est ius viae, ut per quamlibet fundi partem i r e a g e r e liceat. Ebenso wird die Ausübung der via durch ire agere ausgedrückt. L. 6. laudata verb.: Si vicinus, cui via per nostrum fundam debebatur, per meam partem i e r i t a g e r i t.

490) V a r r o, de Lingu. Lat. lib. VII. §. 15. G a i u s in L. 8. D. 8. 3.

491) P u c h t a, civil. Abhdl. S. 83 flg. H u s c h k e, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. XII, S. 393 flg. E l v e r s, Servitutenlehre Bd. I, S. 9.

492) L. 8. L. 13. §. 2. 3. D. 8. 3. L. 6. fin. D. 8. 6.

493) L. 13. §. 2. 3. L. 23. pr. D. 8. 3.

494) L. 13. §. 2. D. 8. 3.

495) L. 13. D. 8. 1.

Wenn bei Bestellung einer Wegegerechtigkeit zugleich ein Ort als dienend vom Anfange an bezeichnet worden ist, so lastet auf dem ganzen Orte die Servitut, sollte derselbe auch größer sein, als zur Ausübung derselben erfordert wird[496]). Ist aber bei Bestellung der Wegegerechtigkeit der dienende Ort nicht besonders bestimmt worden, so darf der Berechtigte den Ort, wo die Servitut bestehen soll, wählen, außer wenn ausdrücklich das ganze Grundstück als dienstbar bezeichnet worden ist[497]). Ueber die Breite des Ortes entscheidet, wenn eine Vereinigung der Parteien darüber nicht zu Stande kommt, das arbitrium boni viri; nur bei der servitus viae muß, wenn die Breite nicht gleich anfangs bestimmt ist, die gesetzliche Breite gewährt werden[498]). Die Anwendbarkeit des römischen Rechtes in Bezug auf den Inhalt und Umfang der verschiedenen Wegegerechtigkeiten ist bestritten. Manche leugnen sie deshalb, weil die Grundsätze des römischen Rechtes in dieser Beziehung nur Auslegung der römischen Ausdrücke iter, actus und via enthielten, und wollen deshalb vielmehr diejenigen Grundsätze angewendet wissen, welche sich aus einer consequenten Entwickelung der mit den teutschen Ausdrücken Fußsteigs-, Viehtrift- und Fahrwegsgerechtigkeit verbundenen Begriffe ergäben[499]). Andere dagegen behaupten die unbedingte Anwendbarkeit des römischen Rechtes und verwerfen die Voraussetzung, daß die römischen Grundsätze blos auf dem römischen Sprachgebrauche beruhten als irrig[500]). Wir können nur der ersteren Meinung beipflichten. Der Ausdruck Fußsteigsgerechtigkeit mag dem römischen iter ganz gleichbedeutend sein; das will man nicht bestreiten; daß aber die Viehtriftgerechtigkeit ganz dem römischen actus entspreche und daher auch die Befugniß zum Fahren enthalte, ist nimmermehr erweislich. Es kann nur auf die Absicht des Bestellers der Servitut ankommen. Dieser, wenn er eine Viehtriftgerechtigkeit

496) L. 13. §. 3. D. 8. 3.

497) L. 13. §. 1. 3. D. 8. 3. L. 9. D. 8. 1. Wenn Paulus in L. 26. D. 8. 3. bei dem Legat einer Wegegerechtigkeit vielmehr dem Erben, also dem Verpflichteten, die Festsetzung des Weges einräumt, während in L. 9. D. 8. 1. ohne Unterschied zwischen Bestellung der Servitut unter den Lebenden oder auf den Todesfall dem Berechtigten dieselbe gestattet wird, so beruht diese verschiedene Entscheidung auf dem Unterschiede zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem, und nach völliger Gleichstellung beider Arten von Legaten ist nur die in L. 9. cit. enthaltene Vorschrift als die allein giltige anzusehen, ohne daß es einen Unterschied begründen kann, ob der Testirer die Rede an den Erben oder den Honorirten gerichtet hat. Glück a. a. O. Bd. X, S. 164—166. Vangerow a. a. O. S. 655. Nur wenn der Testirer dem Erben die Wahl des Weges ausdrücklich gelassen hat, bewendet es dabei.

498) L. 13. §. 2. D. 8. 3.

499) Sommer, im Archiv für civil. Praxis Bd. III, S. 314—324. Schweppe, röm. Privatrecht §. 290. Seuffert, Erörterungen Nr. 2, S. 56 flg.

500) Gensler, im Archiv für civil. Praxis Bd. IV, S. 244—272. Vangerow a. a. O. S. 655 flg.

bewilligt, denkt sicherlich dabei nicht auch daran, das Recht zu fahren zu gestatten. Ebenso kann die Absicht dessen, welcher eine Fahrwegsgerechtigkeit bestellt, unmöglich darauf gerichtet sein, daß er auch das Recht des Viehtriebes dadurch habe gestatten wollen. Schon die für die natürliche Freiheit des Eigenthums streitende Vermuthung entscheidet unseres Erachtens für eine beschränkende Auslegung zu Gunsten des Bestellers der Servitut, daher anzunehmen ist, daß er sein Eigenthum so wenig wie möglich habe beschränken wollen. bb) Servitus aquaeductus. Dies ist diejenige Servitut, vermöge welcher man das Wasser aus einem fremden Grundstücke[501]) oder aus einem fremden Privatgewässer[502]), oder auch aus einem öffentlichen oder im Privateigenthum sich befindenden Flusse über ein fremdes Grundstück zu leiten berechtigt ist[503]). Zur unmittelbaren Leitung des Wassers aus einem öffentlichen Flusse, welcher nicht schiffbar ist oder sich in einen schiffbaren Fluß ergießt, in sein Grundstück ist jeder berechtigt und es bedarf dazu keiner Servitut[504]). Zur Bestellung der Servitut wird nicht nur aqua viva erfordert, sondern auch solches Wasser, welches über dem Boden, nicht unter demselben, hinfließt[505]). Der Berechtigte darf das Wasser nicht durch steinerne Canäle, wenn es nicht ausdrücklich bewilligt ist, wohl aber vermittelst hölzerner Röhren auf sein Grundstück leiten, auch andere zur Ausübung der Servitut dienliche Vorrichtungen treffen, jedoch ohne Nachtheil für den Servitutverpflichteten oder die Anlieger des Gewässers[506]). Die Servitut kann bestellt werden, obgleich noch kein Wasser auf dem dienenden Grundstücke vorhanden ist, so daß der Berechtigte erst suche und solches, wenn er eine Quelle gefunden hat, auf sein Grundstück leite[507]). Hinsichtlich der dem Berechtigten zustehenden Wahl, wenn kein Ort bestimmt ist, durch welchen die Wasserleitung laufen soll, gelten dieselben Grundsätze, wie bei den Wegegerechtigkeiten; nur muß der Berechtigte dabei einen unbebauten Ort wählen, wo die Ausübung der Servitut ohne Nachtheil des dienenden Grundstückes möglich ist[508]). Der Umfang der Servitut und die Art ihrer Ausübung können sehr verschieden sein. Es kann eine Theilung derselben nach Maaß oder Zeit oder Ausübung stattfinden; es können Mehrere zur Benutzung desselben Wassers zum Vortheile ihrer Grund-

501) L. 8. D. 39. 3.
502) L. 20. §. 2. D. 8. 3. L. 4. D. 43. 20.
503) L. 20. §. 2. D. 8. 3. L. 8. D. 43. 20.
504) L. 17. D. 8. 3. L. 10. §. 2. D. 39. 3. L. 2. D. 43. 12.
505) L. 1. §. 6. D. 43. 20.
506) L. 15. D. 8. 3. L. 17. §. 1. D. 39. 3. L. 3. §. 5. D. 43. 20. Ob die Vorschrift wegen des Canals und der Röhren praktisch sei, dürfte bezweifelt werden, da L. 17. §. 1. D. 39. 3. sich auf römische Gewohnheit bezieht. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 575, N. 21.
507) L. 10. D. 8. 3.
508) L. 21. 22. D. 8. 3. L. 8. D. 43. 20. Wegen L. 28. D. 8. 3. ist auf das früher Bemerkte zu verweisen.

stücke berechtigt sein, wo eine Theilung nach Maaß oder Zeit nothwendig ist[509]). Es wird hier zwischen aqua quotidiana, Wasser, welches zu jeder Jahreszeit, und aqua aestiva, Wasser, welches nur im Sommer geleitet wird, unterschieden[510]). Ob das Wasser zu der einen oder anderen Kategorie gehöre, wird entweder durch die Natur des Wassers bestimmt, je nachdem es zu allen Jahreszeiten oder nur zur Sommerszeit geleitet zu werden pflegt, oder durch die Natur des herrschenden Grundstückes, je nachdem für dasselbe die Benutzung des Wassers zu jeder Zeit des Jahres oder nur im Sommer vortheilhaft ist, sowie endlich durch den Willen der Besteller der Servitut. Ein mit dieser Servitut verwandtes Recht ist dasjenige, vermöge dessen der Verpflichtete das auf seinem Grundstücke befindliche Wasser nicht frei benutzen darf, damit es dem benachbarten Grundstücke nicht entzogen werde[511]). Die Wasserleitungsservitut kommt auch in der Art vor, daß Jemand das Recht hat, das Wasser aus seinem Grundstücke über oder in das benachbarte Grundstück zu leiten (servitus aquam educendi oder in fundum immittendi)[512]). cc) Servitus aquaehaustus ist das Recht, das Wasser aus einem fremden Grundstücke zum Vortheile des eigenen zu schöpfen. Es kann dieses Recht auch an einem Brunnen stattfinden[513]). Das Recht, behufs des Schöpfens das fremde Grundstück zu betreten, schließt diese Servitut nothwendig in sich[514]). Sie ist zwar regelmäßig Realservitut[515]), kann aber auch als Personalservitut vorkommen. dd) Servitus pascendi (Hut- und Weiderecht), das Recht, das auf dem berechtigten Grundstücke befindliche Vieh auf dem des Nachbarn weiden zu lassen. Vorausgesetzt wird, daß der Hauptvortheil des herrschenden Grundstückes in dem Vieh bestehe, z. B. daß es zur Bebauung des herrschenden Grundstückes bestimmt sei[516]). Auch kann mit dieser Servitut das Recht verbunden sein, eine Hütte auf dem dienenden Grundstücke zum Aufenthalte des Hirten während der Nacht zu haben[517]). Das Weiderecht ist aber in Teutschland besonders zu hoher Wichtigkeit gelangt und deshalb auch weiter ausgebildet, so daß, wenngleich im allgemeinen die römischen Grundsätze von Servituten anwendbar sind, doch im einzelnen viele Eigenthümlichkeiten eintreten, die aus dem römischen Rechte nicht erklärt werden können, zumal hier besondere teutsche Institute, die Verhältnisse der teutschen Dorf- und Gemeindemarkungen, die Schäfereigerechtigkeit, besondere landwirth-

---

509) L. 19. §. 4. D. 10. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1. D. 43. 20.
510) L. 1. § 3 L. 6. D. 43. 20.
511) L. 15. pr. D. 8. 1.
512) L. 29. D. 8. 3. L. 8. §. 5. D. 8. 5.
513) L. 3. §. 3. D. 8. 3.
514) L. 3. §. 3. D. 8. 3.
515) L. 20. §. 3. D. 8. 3.
516) L. 3. pr. L. 4. D. 8. 3.
517) L. 6. §. 1. D. 8. 3.

schaftliche Verhältnisse in Betracht kommen, welche dem teutschen Rechte angehören, daher das Weitere darüber besonderer Ausführung vorbehalten bleiben muß. ee) Servitus pecoris ad aquam appulsus oder servitus pecoris ad aquam appellendi[518]), das Recht, das Vieh, welches man auf seinem Grundstücke nöthig hat, auf eines Anderen Grundstück zur Tränke zu treiben. Diese Servitut begreift jederzeit die servitus actus, aber nur zu dem Zwecke, das Vieh zu tränken. Sie kann aber auch ebenso wie die servitus pascendi, mit dem Rechte verbunden sein, eine Hütte auf dem dienstbaren Grundstücke zu haben, um sich dahin bei rauher Witterung flüchten zu können[519]). Selbstverständlich darf der Berechtigte nicht mehr Vieh zur Tränke treiben, als ihm gestattet ist, was, wenn eine bestimmte Zahl nicht festgesetzt ist, durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bestimmt wird. Ob Ueberschreitungen dieser Grenze Verlust dieser Servitut nach sich ziehen, war unter römischen Juristen bestritten. Trebatius sprach sich für den Verlust des ganzen Rechtes aus, Marcellus hingegen nicht, sondern nur für die Unzulässigkeit der Viehtränke für die über die gestattete Zahl ansteigenden Viehstücke, und letztere Meinung ist von Ulpian gebilligt und daher die allein giltige[520]). Außer den bisher erwähnten Rusticalservituten werden noch verschiedene andere in den Quellen des römischen Rechtes erwähnt, die servitus cretae eximendae, calcis coquendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae, silvae caeduae, fructus in villa vicini cogendi coactosque ibi habendi[521]), deren Natur schon aus den Worten sich ergiebt. Das ius silvae caeduae wird hinsichtlich seines Zweckes darauf beschränkt, daß es dem Berechtigten nicht an Weinpfählen in seinem Weinberge fehle[522]); es ist dies indessen wohl nur beispielsweise geschehen und ausgeschlossen, daß das Recht, Holz auf dem dienenden Grundstücke zu fällen, auch zur Befriedigung anderer landwirthschaftlicher Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes stattfinde[523]). — Alle die angeführten servitutes praediorum urbanorum und rusticorum sind nur als die am häufigsten vorkommenden Beispiele derselben bei den Römern anzusehen; die Zahl derselben war damit auch bei den Römern nicht geschlossen, und wenn außer einigen anderen, z. B. dem Rechte, Erde, Geröll und Steine und dergleichen auf dem dienenden Grundstücke einstweilen bis zum weiteren Hinwegräumen aufhäufen zu dürfen[524]), sich andere nicht in den uns erhaltenen Quellen erwähnt finden, so liegt der Grund nur

518) So wird diese Servitut in L. 1. §. 1. D. 8. 3. genannt; in L. 4. D. eod. heißt sie pecoris ad aquam appellendi servitus.

519) L. 6. fin. D. 8. 3.

520) L. 1. §. 18. D. 43. 20.

521) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. §. 1. D. 8. 3.

522) L. 6. §. 1. D. 8. 3.

523) Sintenis, gem. prakt. Civilr. Bd. I, S. 576 u. N. 32.

524) L. 3. §. 2. D. 8. 3.

darin, daß uns eben nur ein geringer Theil der juristischen Literatur der Römer, und noch obendrein meistens in bloßen Auszügen erhalten ist. Die Möglichkeit anderer Servitutenbildungen war auch bei den Römern nicht ausgeschlossen, zumal hier alles von der Willkür der Besteller einer Servitut abhing und die Beschränkungen der natürlichen Freiheit des Eigenthums, deren sich der Eigenthümer durch Bestellung einer Servitut unterwarf, so mannigfaltig waren, daß dieselben gar nicht festgestellt werden konnten. Umsoweniger kann in Teutschland davon die Rede sein, die Servituten auf die in den Quellen des römischen Rechtes als Beispiele aufgeführten Servituten beschränken zu wollen. In der That hat auch ungeachtet der Reception des römischen Rechtes das Rechtsleben des teutschen Volkes eine Menge Rechte an fremden Sachen erzeugt, welche, wenngleich dem römischen Rechte unbekannt, doch zum Theil nach der Natur der römischen Servituten zu beurtheilen sind und auch darnach beurtheilt werden. Abgesehen von den eigenthümlichen Grundsätzen des teutschen Rechtes über das Weiderecht gehören hierher die so verschiedenartigen Befugnisse, welche in fremden Waldungen ausgeübt werden, welche sich nach der jetzigen Gestaltung meistens als Servituten darstellen, ihrem Ursprunge nach aber auf andere Weise zu erklären sind.

Von den Personalservituten ist unter einem späteren Artikel zu handeln.

C. Entstehung der Servituten: I. Im allgemeinen. Servituten entstehen hauptsächlich durch Bestellung von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache durch Rechtsgeschäfte unter den Lebenden oder durch letztwillige Verfügungen und durch Ersitzung. Auch durch richterliche Adjudication bei Theilung gemeinschaftlicher Sachen können sowohl persönliche Servituten, namentlich der Nießbrauch, als auch dingliche begründet werden. Ein dem Nießbrauche eigenthümlicher Entstehungsgrund ist gesetzliche Bestimmung. Manche nehmen auch gesetzliche Prädialservituten an und halten dafür die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums[525]), während Andere mit Recht der entgegengesetzten Meinung sind, weil in den dahin gehörigen Fällen nicht die confessorische Klage stattfindet, sondern meistens andere Klagen gegeben werden[526]).

II. Einzelne Entstehungsgründe. 1) Bestellung durch Privatdisposition. Die Bestellung einer Servitut setzt von Seiten des Bestellers regelmäßig Eigenthum an der Sache voraus, welche dienen soll. Ausnahmsweise können auch der Emphyteuta, Superficiar u. s. w. für die Dauer ihres Rechtes eine Servitut be-

525) Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 275. Hoffmann, Servitutenlehre S. 52 flg.
526) Vgl. Elvers, röm. Servitutenlehre Bd. I, S. 291—296.

stellen[527]). Bei der Bestellung einer Prädialservitut muß derjenige, welchem die Servitut bestellt wird, Eigenthümer des Grundstückes sein, welches dadurch berechtigt werden soll[528]). Darauf, ob er ein vollständiges oder beschränktes Eigenthum, ein widerrufliches oder unwiderrufliches Eigenthum hat, kommt nichts an. Ferner gehört zur Bestellung einer Prädialservitut, wenn das zum Herrschen oder Dienen bestimmte Grundstück im Miteigenthum Mehrerer zu idealen Antheilen sich befindet, die Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer[529]). Den Nießbrauch hingegen kann auch der Einzelne an seinem idealen Theile wirksam einräumen[530]). Die Privatverfügung, wodurch eine Servitut bestellt werden kann, ist entweder ein Vertrag zwischen dem Eigenthümer des dienstbar werdenden Grundstückes und dem Berechtigten, bei Prädialservituten dem Eigenthümer des zum Herrschen bestimmten Grundstückes, oder letztwillige Verfügung.

a) Vertrag. Der Vertrag kann sein: aa) Vorbehalt der Servitut an einer Sache bei Uebertragung des Eigenthums derselben an einen Anderen[531]) (deductio servitutis) oder umgekehrt Bestellung einer Servitut bei Veräußerung und Uebergabe eines Grundstückes für dieses an einem zurückbehaltenen anderen eigenen Grundstücke[532]) oder auch an einem gleichzeitig an einen Dritten veräußerten und übergebenen Grundstücke[533]). In allen diesen Fällen wird die Servitut durch die bloße Uebereinkunft begründet, ohne daß es noch einer besonderen Erwerbshandlung bedarf. Im vorjustinianeischen Rechte, wo zur Errichtung einer Servitut mancipatio oder in iure cessio nothwendig war, konnte zwar eine deductio servitutis nur dann stattfinden, wenn die Sache durch eine jener feierlichen Handlungen auf den Anderen übertragen wurde[534]); im Falle einer Veräußerung durch bloße Tradition entstand durch Vorbehalt im älteren Rechte eine servitus praetoris tuitione constituta[535]); im Justinianeischen Rechte hat nach Abschaffung der mancipatio und in iure cessio der Vorbehalt allein bei Veräußerung durch Tradition volle Wirkung. In Ansehung der zweiten Art der Gestaltung waren die römischen Juristen nicht einerlei Meinung. Pomponius[536]) nahm eine Servitut als giltig bestellt an, wenn

527) L. 1. §. 9. D. 43. 18. Vgl. Buchholtz, Versuche Nr. 18.
528) L. 5. D. 8. 4.
529) L. 2. D. 8. 1. L. 34. D. 8. 3. L. 5. fin. D. 8. 4. Vgl. Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 55 flg.
530) L. 10. D. 7. 9.
531) L. 32. D. 7. 1. L. 17. §. 3. L. 35. D. 8. 2. L. 3. 6. pr. D. 8. 4.
532) L. 3. 6. pr. D. 8. 4. L. 32. 33. 36. D. 8. 3. Bei persönlichen Servituten kommt diese zweite Art der Gestaltung nicht vor, da eine retentio oder deductio bei ihnen blos für die Person möglich ist.
533) L. 8. D. 8. 4.
534) Vatic. fragm. §. 47.
535) Vgl. darüber Elvers a. a. O. S. 264—266.
536) L. 8. D. 8. 4.

Jemand zwei Grundstücke zugleich an zwei verschiedene Personen tradirt und hierbei dem einen Grundstücke eine Servitut zu Gunsten des anderen auferlegt; Ulpian hingegen verwarf dies, quia neque acquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest[537]). Eine Vereinigung dieser verschiedenen Ansichten scheint unmöglich; indessen ist die Meinung des Pomponius, wenngleich des älteren Juristen, als die von den Compilatoren gebilligte anzusehen, da die verneinende Meinung des Ulpian nur referirt wird, in dem Fragmente des Pomponius hinter dem Satze, durch welchen auch Ulpian seine verneinende Meinung begründet, quia alienis quidem aedibus nec imponi, nec acquiri servitus potest, der bejahende Satz hinzugefügt ist: sed, ante traditionem peractam, suis magis acquirit vel imponit is, qui tradit: ideoque valebit servitus[538]). bb) Uebereinkunftmäßige Bestellung. Ob der bloße Vertrag bei affirmativen Servituten (denn bei negativen ist man meistens darüber einverstanden, daß solche durch den bloßen Vertrag begründet werden) zur Entstehung der Servitut genüge oder noch quasi traditio hinzukommen müsse, ist eine neuerdings sehr bestrittene Frage. Nach der früher herrschenden Meinung setzt die Erwerbung der Servituten ebenso wie die des Eigenthums Tradition voraus und ein bloßer Vertrag begründet ein blos obligatorisches Recht; daher unterschied man zwischen servitus constituta (ex conventione debita) und acquisita (nach geschehener quasi traditio)[539]). Dagegen hat neuerlich die Ansicht, daß der bloße Vertrag zur Begründung der Servitut genüge, viel Vertheidiger gefunden[540]). An sich kann die Entstehung dinglicher Rechte, auch des Eigenthums, durch Verträge nicht rechtlich unzulässig erscheinen. Allerdings findet sich in den meisten Gesetzgebungen die Bestimmung, daß ein bloßer Vertrag zur Uebertragung eines dinglichen Rechtes, namentlich des Eigenthums, nicht genüge. Diese Bestimmung beruht aber wohl weniger auf der Einsicht, daß durch einen Vertrag allein ein dingliches Recht nicht hervorgebracht werden könne, als vielmehr auf Rücksichten auf den Verkehr, welche, besonders bei der Eigen-

---

537) L. 6. pr. D. 8. 4.

538) Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 578, N. 7.

539) Die zahlreiche Literatur über diese Ansicht findet sich bei Haertel, diss. de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex iure Romano (Lips. 1828) §. 11 Neuere Vertheidiger dieser Ansicht sind Vangerow a. a. O. S. 886 flg. Franke, civil. Abhandl. Nr. 3.

540) Schmidtlein, de servitutibus per pactum constituendis, Gotting. 1823 und im Archiv für civil. Praxis Bd. IX, Nr. 9. Michelsen, in demselben Archiv Bd. VIII, Nr. 14. Hasse, im rhein. Museum Bd. I, S. 64. Warnkönig, im Archiv für civil. Pr. Bd. XII, Nr. 4 und in der Themis T. X. p. 57. sq. Haertel, de servitutibus per pacta et stipulationes constituendis, Lips. 1828. Daniels in Roßhirt's Zeitschr. Bd. II, S. 94 flg. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 64—122. Sintenis, Civilrecht Bd. I, S. 578 flg. Theilweise schließen sich an Zimmern, im Archiv für civil. Pr. Bd. VII, Nr. 17. Schrader, in der Tübinger krit. Zeitschr. für RW. Bd. I, 2, S. 66 flg.

thumsübertragung eine mehr in die Augen fallende Handlung verlangen, um dadurch für Dritte den Eigenthumsübergang erkennbarer zu machen, was bei dem steten Wechsel des Eigenthums von Bedeutung ist. Bei den Servituten ist diese Rücksicht weniger maßgebend, theils weil die Servitut ein minder wichtiges Recht als das Eigenthum ist, theils und vorzüglich deshalb, weil ein Wechsel hier weniger eintritt. Es kann aber auch bei ihnen von Bedeutung und Interesse sein, durch äußere Handlungen die Entstehung einer Servitut erkennbarer, als dies durch einen bloßen Vertrag geschehen kann, für Dritte zu machen, damit diese hiernach ihre Maßregeln treffen können und wissen, wen sie als Servitutberechtigten zu betrachten haben, was namentlich für die Rechtsnachfolger des Eigenthümers wichtig ist[341]). Härtel[342]) hält es für sehr zweckmäßig, das Eigenthum erst mit der Erwerbung des Besitzes entstehen zu lassen, weil ein äußeres Zeichen erforderlich sei, woraus man erkennen könne, wem die Sache angehören solle; das schicklichste äußere Zeichen sei die Tradition, wodurch die äußere Möglichkeit auf jede Weise über die Sache zu verfügen erworben werde; Aehnliches lasse sich von der Quasitradition nicht sagen, da sie nur in dem einseitigen Acte der Besitzergreifung, in der Vornahme von Gebrauchshandlungen bestehe, während bei der Tradition, einem zweiseitigen Acte, Besitzübertragung auf der einen Seite, Besitzergreifung auf der anderen Seite stattfinde; ferner fehle es bei der Quasitradition an einem gemeinschaftlichen Gegenstande der Uebergabe und Empfangnahme, indem hier der Besteller der Servitut ein anderes Recht verliere, als der Erwerber desselben erhalte. Er hält demnach die einseitige Besitzergreifung von Seiten des neuen Servitutenerwerbers für etwas, was bei der Verabredung einer Servitut durchaus fremdartig ist; denn entweder habe ein blos obligatorisches Servitutverhältniß begründet werden sollen, dann könne dieses durch den einseitigen Act der Besitzergreifung nicht in ein dingliches Recht umgeschaffen werden; oder die Absicht, ein dingliches Recht zu begründen, liege schon in der Verabredung der Servitut erklärt, dann könne es auf den Moment der Besitzergreifung nicht ankommen, und es sei daher thöricht, mit dem Eintritte dieses Momentes, gleichviel ob nach dem Inhalte des Vertrages ein obligatorisches oder ein dingliches Recht eingeräumt werden sollte, stets die Entstehung eines dinglichen Rechtes beginnen zu lassen. Dagegen ist von Hoffmann[343]) mit Recht folgendes erinnert. Wenn auch die Entstehung des Besitzes einer Servitut nicht sogleich durch den Servitutenbesteller vermittelt werden kann, weil es hier an einer der Hingabe der körperlichen Sache analogen äußeren Handlung fehlt, welcher die Empfangnahme der Sache von Seiten des anderen Contra-

341) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 66 flg.
342) Haertel l. c. §. 2. 4. 5.
343) Hoffmann a. a. O. S. 70—73.

henten entspricht, indem der Gegenstand des Besitzes der Servituten, die bestimmten concreten Zwecke derselben, nichts Gegenwärtiges, Aeußeres, wie die körperliche Sache ist, und erst durch die Ausübung etwas Gegenwärtiges wird und man schon deshalb sich mehr dahin neigen konnte, den bloßen Vertrag zur Begründung der Servituten genügen zu lassen, so ist doch nicht einzusehen, warum nicht die mit Einwilligung des Auctor (sei diese vorhergegangene Erlaubniß oder nachfolgende Genehmigung) unternommene Besitzergreifung (usus) des neuen Erwerbers dieselbe Wirkung wie die Tradition bei körperlichen Sachen hervorbringen könnte, da ja auch bei der Tradition, namentlich unbeweglicher Sachen, die Mitwirkung von Seiten des Auctor entweder in einer vorausgegangenen Einwilligung desselben in die Besitzergreifung des neuen Erwerbers, welche der Zeit nach weit von letzterer liegen kann, oder in nachfolgender Genehmigung bestehen kann. Geht der Vertrag auf Errichtung einer Servitut als dingliches Recht, so wird der Vertrag regelmäßig die Erlaubniß zur Besitzergreifung enthalten; es kann diese Erlaubniß aber auch nicht in dem Vertrage liegen, namentlich dann, wenn die nähere Art und Weise der Erwerbung und Ausübung der Servitut noch der Bestimmung des Bestellers derselben vorbehalten ist. In diesem Falle ist vorerst nur ein obligatorisches Recht vorhanden, welches aber ein dingliches Recht werden soll. Dieses dingliche Recht wird erst dadurch erzeugt, daß der Obligirte seine Verbindlichkeit erfüllt, was erzwungen werden kann. Ist hiernach die Behauptung unrichtig, daß gegen den Willen der Contrahenten ein obligatorisches Recht der Servitut in ein dingliches umgewandelt werden könne, wenn man die Besitzergreifung als den Moment betrachtet, welcher die Servitut als dingliches Recht begründen soll, so ist auch ferner der gegen die Zulässigkeit der analogen Anwendung der Tradition auf Servituten aufgestellte Einwand, daß es hier an einem der Besitzüberlassung und Besitzergreifung gemeinschaftlichen Gegenstande fehle, ohne Gewicht, weshalb man sich auf die Ausführung von Hoffmann bezieht. Gehen wir nach diesen allgemeinen Erörterungen auf die Frage zurück, inwiefern nach römischem Rechte affirmative Servituten durch Vertrag bestellt werden, so können wir nach dem neuesten römischen Rechte nur die Meinung für die richtige halten, daß der Vertrag zur Begründung des dinglichen Rechtes genüge und es keiner weiteren Erwerbshandlung, also auch keiner Quasitradition bedürfe. Im älteren römischen Rechte konnten Servituten an italischen Grundstücken nur durch mancipatio bezüglich durch in iure cessio begründet werden[544]. Auf Provinzialgrundstücke waren diese Bestellungsformen nicht anwendbar; an ihnen war Bestellung von Servituten nur durch pactiones et

---

544) Gai. Comm. II. §. 28—30. 32. und wegen des Ususfructus §. 33. Das ältere Recht erörtert sehr ausführlich Hoffmann a. a. O. S. 73—112.

stipulationes möglich[545]). Durch den Prätor fand der Begriff der possessio und traditio auch auf Servituten Anwendung, indem derselbe in dem usus der Servitut einen Besitz und in der Ausübung dieses Besitzes mit Gestattung des Inhabers des zum Dienen bestimmten Grundstückes (patientia) eine traditio anerkannte[546]) und zum Schutze dieses Besitzes possessorische Rechtsmittel gestattete. Später war der Unterschied zwischen solum italicum und provinciale verschwunden; auch die Provinzen erhielten das ius italicum. Die mancipatio und in iure cessio kamen außer Gebrauch, und so war es natürlich, daß das Recht der Provinzen, welche den größten Theil des römischen Reiches bildeten, in Bezug auf die Bestellung der Servituten das herrschende wurde. So ist es auch wirklich geschehen. In der Stelle der Institutionen, welcher die von der Bestellung der Servituten an Provinzialgrundstücken handelnde Stelle der Institutionen des Gajus zum Grunde liegt, sind alle Spuren des älteren Rechtszustandes vollständig getilgt und es ist schlechthin ausgesprochen, daß, wer einem Nachbar eine Servitut bestellen wolle, dies durch pactiones et stipulationes bewirken müsse[547]), also das von Gajus über Errichtung der Servituten am Provinzialboden Bemerkte als allgemeines Recht hingestellt, das Provinzialrecht generalisirt worden. Ebenso spricht eine andere Institutionenstelle davon, daß die Bestellung des Nießbrauches außerhalb eines letzten Willens durch pactiones et stipulationes geschehen müsse[548]). Mithin sind die pactiones et stipulationes im Justinianeischen Rechte die alleinigen Bestellungsformen für Servituten, abgesehen von der letztwilligen Errichtung. Gegen diese Ansicht werden zwei Gründe geltend gemacht. Der erste besteht darin, daß die Justinianeische Rechtssammlung viele Stellen der classischen Juristen enthalte, worin die Stipulationen blos ein servitutem dari, d. h. die künftige Bestellung einer Servitut zum Inhalte hätten, was nicht geschehen sein würde, wenn der Vertrag allein schon zur Erzeugung des dinglichen Rechtes genügt hätte. Der zweite Grund ist, daß in der Justinianeischen Quellensammlung die traditio als Erwerbsform der Servitut vorkomme[549]), wodurch ausgesprochen sei, daß der bloße Vertrag zur Erzeugung des dinglichen Rechtes nicht

545) Gai. l. c. §. 31. §. 4. Inst. II. 3. §. 1. Inst. 4. L. 3. pr. D. 7. 1. Daß beides zusammen erforderlich gewesen sei, läßt sich nicht behaupten; bisweilen wird jeder Begriff allein erwähnt. L. 12. D. 20. 1. L. 25. §. 7. D. 7. 1. L. 17. D. 45. 3. L. 14. pr. C. III. 34. Die Stipulation war wohl vielmehr eine Pönalstipulation: per te non fieri, quominus eo iure uti possit, als zur Bestärkung der pactio bestimmt. Auch genügte eine Stipulation allein anstatt der pactio zur Bestellung der Servitut, wie aus den vorher angezogenen Stellen, wo sie allein erwähnt wird, hervorgeht. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 578 flg. N. 10.

546) L. 11. §. 1. D. 6. 2. L. 20. D. 8. 1. L. 1. §. 2. D. 8. 3.

547) §. 4. Inst. II. 3.

548) §. 1. Inst. II. 4.

549) L. 11. D. 6. 2. L. 25. D. 7. 1. L. 1. pr. D. 8. 4. L. 16. D. 8. 5.

hinreiche, weil die Erwähnung der Tradition keinen Zweck habe, wenn schon weniger zur Erzeugung des dinglichen Rechtes genügt hätte; dagegen sei die Behauptung unerheblich, daß die traditio blos Bedingung der Anstellung der Publicianischen Klage sei und nur in dieser Beziehung in den Quellen erwähnt werde; denn es heiße von dieser Klage: ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit; diese Klage habe keine schwereren Bedingungen als die civile dingliche Klage, und so werde denn auch in allen Fällen, in denen Eigenthum ohne Besitzübertragung erworben werde, zur Anstellung der Publicianischen Klage keine Besitzübertragung (traditio) erfordert[550]). Gegen diese Einwendungen ist Folgendes zu erinnern[551]). Der erste Grund dafür ist nicht unbedingt richtig. Denn einmal können Verhältnisse vorliegen, unter welchen wenigstens vor der Hand ein dingliches Recht nicht entstehen kann, weil es an den zu dessen Entstehung erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen mangelt. Dann kann die Begründung eines dinglichen Rechtes erst noch von besonderen Vertragsbedingungen abhängig gemacht werden, z. B. bei dem Kaufe von der Prästation der Gegenleistung. Endlich kann auch eine Servitut blos im allgemeinen versprochen, die nähere Bestimmung der Art und Weise aber, in welcher die Servitut existiren, z. B. die Art der Richtung, welche bei der Wegegerechtigkeit eingeschlagen werden soll, vorbehalten sein, welchenfalls erst mit dieser näheren Bestimmung das dingliche Recht als solches entsteht. Da nun aus den angeführten Gründen es wohl möglich ist, daß auch da, wo durch Vertrag das dingliche Recht selbst im allgemeinen entstehen kann, durch Vertrag bisweilen nur ein Recht auf Bestellung eines dinglichen Rechtes eingeräumt wird, so kann auch aus der Aufnahme der Stellen, welche die Stipulationen als Entstehungsgrund eines bloßen Rechtes auf Bestellung einer Servitut erwähnen, in die Justinianeische Rechtssammlung nichts gegen die Zulässigkeit der Begründung der Servituten durch Vertrag im neuesten Rechte abgeleitet werden, zumal jene Stellen hauptsächlich von den Wirkungen eines solchen blos obligatorischen Rechtes handeln, nicht aber mit Absicht sich über die Wirkungen der Verträge (Stipulationen) verbreiten. Den zweiten Grund für die erwähnten Einwendungen anlangend, so war eine traditio neben dem Vertrage als Entstehungsgrund des dinglichen Rechtes recht wohl möglich, selbst wenn sie auch nicht dazu nothwendig war. Denn einmal konnte die Erlaubniß zur Ausübung einer Servitut als dingliches Recht in einer von dem künftigen Berechtigten noch näher zu bestimmenden Art und Weise ertheilt worden sein und der Berechtigte die Wahl dieser Art und Weise durch die That, durch die Art der Besitzausübung kund gethan haben, wo erst mit der Besitzausübung nicht schon mit dem Abschlusse des Vertrages die concrete Servitut entstand.

550) Zimmern a. a. O. S. 321.
551) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 116 flg.

Dann konnte durch Vertrag auch ein bloßes Recht auf künftige Bestellung einer Servitut eingeräumt worden sein, weil es noch an den zur Existenz der Servitut erforderlichen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Voraussetzungen fehlte; welchenfalls nach Eintritt jener Voraussetzungen, durch die Besitzausübung von Seiten des künftig Berechtigten und durch die Duldung derselben von Seiten des Bestellers die Servitut entstehen konnte. Endlich konnte von Jemandem ohne vorausgegangenen Titel eine Servitut als Recht in der Erwartung ausgeübt worden sein, daß der Inhaber des künftig dienenden Grundstückes dies dulden werde; auch in diesem Falle entstand das dingliche Recht durch patientia, ohne allen vorausgegangenen Vertrag, wenn der Inhaber jenes Grundstückes die Ausübung der Servitut in der Absicht geduldet hatte, dadurch ein dingliches Recht entstehen zu lassen. Ob nicht wenigstens zur Anstellung der Publicianischen Klage dann, wenn ein Nichtberechtigter eine Servitut bestellt hatte, traditio nothwendig war, läßt sich zwar nicht mit Bestimmtheit aus der Aufnahme der von der traditio handelnden Stellen in den Titel de publiciana in rem actione bejahend entscheiden; wohl aber erscheint es an sich gerechtfertigt, die quasi traditio und quasi possessio bei der Publicianischen Klage als nothwendig vorauszusetzen. Denn wenn auch derjenige, welcher im guten Glauben eine Sache von einem Nichteigenthümer überwiesen erhielt, diese Klage ohne erfolgte Tradition in den Fällen hat, in welchen der Erwerb des Eigenthums ohne Tradition möglich ist, wie bei dem Legat, so ist doch dies schon etwas Anomales, weil es unrecht erscheint, demjenigen, welcher ohne Besitzübertragung Eigenthum überwiesen erhalten hat, solches aber, weil der Auctor es selbst nicht gehabt hatte, nicht erwerben konnte, eine Klage gegen den dritten Besitzer zu gestatten. Dieses Unrecht verschwindet nur dann, wenn man annimmt, der das Eigenthum Uebertragende habe wenigstens in der Lage sein müssen, den Besitz zu übertragen, habe den Besitz selbst gehabt. Dies vorausgesetzt, konnte die Publicianische Klage auch ohne Besitzübertragung wohl gestattet werden, da namentlich bei Rechtsgeschäften auf den Todesfall, bei denen allein Eigenthum ohne Besitzübergabe übertragen werden konnte, eine Besitzübergabe der Natur der Sache nach nicht sogleich möglich war. Bei diesen war die gedachte Bestimmung um so unbedenklicher, da gerade in den wenigsten Fällen Eigenthum ohne Besitz übergehen konnte. Anders verhielt es sich bei den Servituten. Auch war hier zur Möglichkeit der Besitzübertragung das Dasein des köperlichen Besitzes auf Seiten des Auctor unwesentlich. Daher war es ganz in der Ordnung, wenn man demjenigen, welcher durch ein Rechtsgeschäft eine Servitut übertragen erhalten hatte, die Publicianische Klage nur dann gestattete, wenn er zugleich den Besitz der Servitut erworben hatte[552].

---

552) Für die hier gebilligte Theorie ist noch besonders wichtig L. 3. pr. D. 7. 1. Zwar leitet Francke a. a. O. S. 149 aus dieser Stelle ab, daß

Selbst die Vertheidiger der alten Meinung, welche die quasi traditio im neueren Rechte zur Begründung des dinglichen Rechtes für nöthig erachten, machen doch mehrfache Ausnahmen[553]. Sie lassen nämlich bei negativen Servituten sowie in den Fällen einen bloßen Vertrag genügen, wenn Jemand von zwei Grundstücken eins veräußert und zum Vortheile des retinirten an dem veräußerten eine Servitut zurückbehält oder sogar an dem retinirten Grundstücke zum Vortheile des veräußerten eine Servitut einräumt, indem im letzten Falle in der Uebergabe des veräußerten Grundstückes auch zugleich die Uebergabe der für dasselbe bestimmten Servitut enthalten sei. Bei negativen Servituten soll durch den Abschluß des Vertrages zugleich der Quasibesitz erworben werden, und dies würde allerdings genügen, um diese Abweichung zu erklären. Allein der Unterschied zwischen retinirten und constituirten Servituten läßt sich nicht billigen. Erstere unterscheiden sich in ihrem Entstehungsgrunde in keiner Weise von den constituirten. Ferner erhält der künftige Servitutberechtigte durch einen bloßen Vertrag ebensowenig den Besitz einer Servitut in dem Falle, wenn er den Besitz des herrschenden Grundstückes erst erwirbt, als in dem Falle, wenn er dessen Besitz schon hat. Daher kann auch in der Uebergabe des herrschenden Grundstückes nicht sogleich die Tradition der Servitut liegen[554]. Gegen die alte Ansicht läßt sich auch noch Folgendes geltend machen[555].

---

durch pactiones et stipulationes nur ein obligatorisches Recht habe begründet werden können; Gajus stelle nämlich hier die pactiones et stipulationes dem Damnationslegate gleich und gebrauche von beiden den Ausdruck constituere; ein Damnationslegat begründe aber nur ein obligatorisches Recht; es müsse also nach der Ansicht des Gajus dieses auch bei den pactiones et stipulationes der Fall sein, und es müsse daher der Ausdruck constituere in der zweiten Hälfte der Stelle von Begründung eines obligatorischen Rechtes verstanden werden. Allein siehe dagegen Hasse a. a. O. S. 110 und Hoffmann a. a. O. S. 120. Der Jurist will sagen, durch ein Damnationslegat könne ein dingliches Recht bestellt werden, d. h. mittelbar, indem der Erbe nur vermöge der ihm auferlegten Verpflichtung dasselbe constituiren müsse. Daß noch ein inducere in fundum erfordert wird, beweist nicht die Nothwendigkeit der Tradition bei jeder Bestellung des Nießbrauches. Die Tradition gehört hier zur Erfüllung der Verpflichtung des Erben, durch deren Erfüllung das dingliche Recht zu Stande kommen soll. Der Ausdruck constituere in der ersten Hälfte der Stelle bezieht sich nicht blos auf die Worte iure legati, sondern auch auf den davon abhängenden Satz, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum, wonach also zum constituere usumfructum auch die Erfüllung der dem Erben auferlegten Verbindlichkeit gehört. Die Bestellung einer Servitut, namentlich des Nießbrauches im Testament durch Damnationslegat, verlangt zwei Personen, die des Erblassers, welcher die Verbindlichkeit auferlegt und die des Erben, welcher dieselbe erhält. Zur vollständigen Erfüllung gehört dann auch die Tradition, die bei dem Nießbrauche bewirkt wird, wie bei dem Eigenthum, und deshalb auch hier besondere Erwähnung findet. Will aber Jemand unter Lebenden eine Servitut bestellen, so kann dies sogleich geschehen, nämlich durch pactiones et stipulationes.

553) Vangerow a. a. O. S. 695 flg.

554) Hoffmann a. a. O. S. 121.

555) Vgl. Sintenis, Civilrecht Bd. I, S. 579 flg., N. 15.

Auch servitutes affirmativae discontinuae sind so beschaffen, daß eine Ausübung derselben nur dann möglich, eine Vornahme der quasi traditio daher nur dann denkbar ist, wenn Veranlassung dazu vorhanden ist; es wird aber nicht behauptet werden können, daß ihre Bestellung nur dann zulässig sei, wenn gerade Gelegenheit zu ihrer Ausübung vorhanden sei. Ferner könnte unmöglich, wenn nach neuerem römischen Rechte die quasi traditio neben den pactiones et stipulationes zur Begründung des dinglichen Rechtes erforderlich wäre, völliges Stillschweigen darüber in den Quellen stattfinden. Nach dem Ausspruche der Quellen kann auch einem künftig erst zu errichtenden Gebäude eine Servitut auferlegt und erworben werden[556]). Hier existirt die Servitut allerdings so lange nicht, als das Haus nicht gebaut ist; sie wird aber dann, wenn das Haus errichtet ist, ohne weiteres eintreten und es wird sich nicht füglich behaupten lassen, daß erst dann noch ein besonderer Act der Tradition nothwendig sei. Gegen den von den Vertheidigern der alten Ansicht und namentlich von Vangerow geltend gemachten Hauptgrund, daß die Entstehung einer Servitut durch Vertrag den allgemeinen Grundsätzen für die Wirksamkeit der Verträge zuwiderlaufe, vielmehr es sich hier gerade so verhalte, wie bei dem Eigenthum, sprechen die ausdrücklichen Worte des Gesetzes, daß derjenige, welcher einem Nachbar eine Servitut bestellen wolle, dies durch pactiones et stipulationes bewirken müsse. Diese ausdrückliche Vorschrift läßt sich mit allem Aufwande von Scharfsinn nicht beseitigen; sie ist die im neuesten Rechte bestimmt hingestellte Vorschrift für Bestellung der Servituten durch Rechtsgeschäfte unter den Lebenden. — Der Vertrag, durch welchen eine Servitut bestellt wird, steht unter den gewöhnlichen Regeln. Wegen der Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen zu einem solchen Vertrage ist auf das früher Bemerkte zu verweisen. Der auf Bestellung einer Servitut gerichtete Vertrag braucht nicht ein ausdrücklicher zu sein; er kann auch stillschweigend eingegangen werden[557]). Eine stillschweigende Bestellung einer Servitut ist dann anzunehmen, wenn Jemand ein Grundstück veräußert, welches ohne eine Servitut an einem anderen Grundstücke des Veräußerers nicht benutzt werden kann. Dies ergiebt sich aus der allgemeinen Betrachtung, daß der Wille desjenigen, welcher ein Recht gestattet, damit zugleich auf Einräumung aller derjenigen Befugnisse gerichtet sei, welche zur Ausübung des ersteren Rechtes nöthig sind, mithin auch auf Gestattung einer Servitut, sofern diese zur Ausübung des eingeräumten Rechtes nöthig erscheint. So kann derjenige, welchem der Nießbrauch an einem Grundstücke vermacht worden ist, auch eine zur Ausübung des Nießbrauches nöthige Wegegerechtigkeit über ein

---

556) L. 23. §. 1. D. 8. 2.

557) Ueber die stillschweigende Bestellung der Servituten vgl. Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. II, S. 422—428. Gesterding, Nachforschungen Th. VI, Abth. 1, S. 48—56. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 62 flg.

anderes Grundstück des Erblassers verlangen[558]). Hier erhielt der Usufructuar allerdings nur die Servitut als ein ihm für seine Person zustehendes Recht, welches mit dem Nießbrauche erlosch, nicht als eine Prädialservitut. Allein anders mußte sich dieses bei demjenigen verhalten, welcher Eigenthum an einem Grundstücke erhält, was ohne die Servitut nicht ausgeübt werden kann. Daß die einschlagende Stelle von einem Vermächtnisse des Nießbrauches handelt, ist kein Grund, sie nicht auf Veräußerungen unter den Lebenden anzuwenden. Streitiger ist die Frage, ob auch überhaupt in dem Falle, wenn ein Eigenthümer mehrere Sachen hat, von welchen die eine zum Vortheile der anderen benutzt wurde, und er die eine Sache veräußert, eine Servitut als stillschweigend gestattet anzunehmen sei; und ob nicht wenigstens dann, wenn eine Sache in die andere eingewirkt hat, also durch eine äußere Einrichtung mit der anderen verbunden war, dieser Zustand nach der Veräußerung des einen Grundstückes, dem muthmaßlichen Willen des Veräußerers gemäß, bleiben, mithin die eine Sache zum Vortheile der anderen mit einer Servitut belastet werden solle. In der einschlagenden Hauptstelle[559]) ist von einer Taberna die Rede, welche in eine andere demselben Eigenthümer gehörige eingebaut ist. Der Eigenthümer vermacht beide verschiedenen Personen und nun entstand die Frage, ob zum Vortheile der einen Taberna an der anderen eine Servitut hierdurch bestellt worden sei, also der frühere Zustand bestehen bleiben solle. Die Entscheidung Julian's fällt dahin aus, daß dieses nur dann anzunehmen sei, wenn eine Servitut ausdrücklich vermacht worden sei oder wenigstens das Legat dahin gelautet habe, daß die Taberna so, wie sie jetzt ist, vermacht sein solle. Die Frage wird hier im allgemeinen verneint. In einem anderen Falle, wo der Eigenthümer zweier Häuser das eine Jemandem vermacht hatte, wird der Erbe ausdrücklich für berechtigt erklärt, durch Höherbauen die Hellung des vermachten Hauses zu vermindern; nur darf er sie nicht ganz entziehen[560]). Dieser Fall ist aber mit dem ersten, wo der Eigenthümer zweier Grundstücke eins veräußert, welches ohne eine Servitut an einem anderen Prädium des Veräußerers nicht benutzt werden kann, derselbe und kann hier von dem vermuthlichen Willen des Erblassers auf den dessen, welcher unter den Lebenden veräußert, füglich geschlossen werden. In dem zuvorerwähnten Falle hingegen kann, da die Frage bei den letztwilligen Verfügungen von Julian im allgemeinen verneint wird, bei Veräußerungen unter den Lebenden noch viel weniger davon die Rede sein, daß in dem gleichen Falle eine Servitut als stillschweigend gestattet anzunehmen sei. Letztwillige Verfügungen lassen schon deshalb eine freiere Auslegung zu, einmal, weil die Gunst des Weggebens hier, wo man nichts behalten

558) L. 15. §. 1. D. 33. 2. L. 10. D. 8. 2.
559) L. 1. D. 33. 3.
560) L. 10. D. 8. 2.

kann, an sich wirkt, und dann, weil der Testirer dem Legatar die Sache gewiß ebenso gönnt, wie er sie selbst gehabt hat. Hingegen bei Rechtsgeschäften unter den Lebenden, wo die Einwilligung der Parteien nachzuweisen ist und der spätere Widerspruch des einen Contrahenten entgegensteht, ist die Sache schwieriger[561]). Man hat sich zwar, um Weggabe durch letzten Willen und Veräußerung unter den Lebenden hier auf gleiche Linie zu stellen, ebenfalls auf römische Gesetzstellen berufen[562]). In der ersten dieser Stellen, welche von Papinian herrührt, wird gesagt, wenn Jemand zwei Häuser habe, welche durch ein gemeinschaftliches Gebälk bedeckt sind und diese Häuser an verschiedene Personen vermache, so stehe jedem der Legatare eine certa pars an dem Gebälke zu, so weit sein Haus reicht, und es finde beiderseits keine Negatorienklage statt, ius non esse immissum habere, ohne daß darauf etwas ankomme, ob Beiden die Häuser unbedingt vermacht seien oder dem Einen das eine Haus unter einer Bedingung. In der unmittelbar folgenden Stelle, welche von Julian herrührt, heißt es: idemque esse, et si duobus aedes cesserint. Man will hier zuvörderst kein Gewicht darauf legen, daß letztere Stelle aus dem ursprünglichen Zusammenhange herausgerissen und es zweifelhaft ist, ob dieselbe ganz denselben Fall bei der in iure cessio betroffen hat, und daher der Intention der Compilatoren gemäß annehmen, es sei derselbe Fall dort behandelt worden. Der Schluß, welcher daraus gezogen wird, daß kein Unterschied zwischen Vermächtnissen und Rechtsgeschäften unter den Lebenden sei, kann nimmermehr gerechtfertigt werden. Abgesehen davon, daß bei der in iure cessio ebensowohl wie bei dem legatum vindicationis und damnationis modo eine bestimmte Worterklärung vorkommen mußte, aus welcher man interpretiren konnte, so kommt es doch hierauf gar nicht an; vielmehr wird das Dasein einer Servitut von dem Juristen in diesem Falle kategorisch in Abrede gestellt und dies auch genügend gerechtfertigt[563]). Dagegen ist zu bezweifeln, daß auch bei Veräußerungen unter den Lebenden, wenn bestimmt gesagt ist, daß der neue Erwerber das Haus ganz ebenso haben und genießen solle, wie der bisherige Eigenthümer, ersterer auf die Erweiterung seines Eigenthums durch eine Servitut Anspruch machen könne. Das factische Verhältniß, der bisherige Zustand allein kann nichts entscheiden, wenn nicht klar ist, daß nach der Absicht des Veräußerers dasselbe erhalten werden sollte. b) Letztwillige Verfügung. Die Bestellung einer Servitut durch letztwillige Verfügung kann sowohl bei Prädialservituten als Personalservituten vorkommen. Bei den letzteren war diese Art der Bestellung häufiger und namentlich wurde der Nießbrauch am ganzen Vermögen oder einzelnen Sachen gewöhnlich auf diese Art eingeräumt.

561) Roßhirt a. a. O. S. 424.
562) L. 36. 37. D. 8. 2.
563) Roßhirt a. a. O. S. 426 flg.

In den Digesten ist von der letztwilligen Bestellung der Personalservituten und Prädialservituten unter verschiedenen Titeln die Rede, von der der ersteren im Titel de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis (33. 2.), von der letzteren unter dem Titel de servitute legata (33. 3.). Da von dem Vermächtnisse einer Servitut bereits in einem anderen Artikel gehandelt worden ist, so genügt es darauf zu verweisen[564]). Hier ist nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß Servituten auch stillschweigend vermacht werden können, was sowohl bei persönlichen als bei Prädialservituten möglich ist[565]). Es ist davon zum Theil bereits unmittelbar vorher die Rede gewesen. Folgendes ist noch nachzutragen. Nur solche Servituten können als stillschweigend vermacht angesehen werden, welche zum Gebrauche der vermachten Sache so nothwendig sind, daß ohne dieselben die Sache dem Legatar ganz unnütz sein würde. Die Servitut versteht sich aber in diesem Falle so von selbst, daß, wenn auch der Testirer das Gegentheil ausdrücklich verordnet hätte, dieses, gleichwie eine unmögliche Bedingung, als ungiltig angesehen werden muß[566]). Hauptsächlich kam dies bei dem Vermächtnisse des Nießbrauches vor. Hier wurden alle diejenigen Servitutbefugnisse, ohne welche die Ausübung des Nießbrauches nicht möglich war, als stillschweigend in dem Vermächtnisse mit inbegriffen angesehen. Dies war umsoweniger bedenklich, als es sich hier nicht von einer beständig einem Grundstücke auflastenden Servitut, sondern von Befugnissen handelte, welche mit dem Erlöschen des Nießbrauchsrechtes von selbst aufhörten, also längstens bis zum Ableben des Usufructuars dauerten. Aber auch Prädialservituten wurden als stillschweigend vermacht angesehen, wenn der Testirer von zwei Grundstücken, die er besaß, das eine vermachte und dieses ohne eine an dem dem Erben verbleibenden Grundstücke auszuübende Servitut zu dem Zwecke, zu welchem es bestimmt war, nicht benutzt werden konnte[566a]). Daß der Legatar das ihm vermachte Grundstück ohne die Servitut mit weniger Bequemlichkeit oder Nutzen würde gebrauchen können, genügt nicht zur Annahme eines stillschweigenden Vermächtnisses der Servitut, wenn auch der Erblasser dieser Bequemlichkeit sich bedient oder den Nutzen wirklich gezogen hätte, es müßte denn das Grundstück in der Maaße vermacht worden sein, wie es der Erblasser selbst besessen und gebraucht hat[567]).

2) Richterliche Anordnung (adiudicatio). a) Sie ist möglich bei Theilung eines bisher gemeinschaftlichen Gegenstandes unter

---

564) Vgl. den Art. Legat Bd. VI, S. 335 flg.

565) L. 15. §. 1. D. 33. 2. L. 44. §. 9. D. 30. L. 10. D. 8. 2. L. 81. §. 3. D. 30. L. 20. pr. D. 8. 5. L. 1. §. 1—4. D. 7. 6. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. IX, S. 77 flg.

566) L. 1. §. 1. 4. D. 7. 6.

566a) L. 10. D. 8. 2.

567) L. 1. D. 33. 3. Die von Glück a. a. O. S. 82, N. 18 angezogene Stelle L. 18. §. 13. D. 33. 7. handelt nicht von Servituten.

den bisherigen Miteigenthümern, welche die Gemeinschaft aufheben wollen. Bei einer solchen Theilung können sowohl persönliche Servituten als Prädialservituten durch den Richter zugesprochen werden. So kann, die ersteren anlangend, der Nießbrauch dadurch entstehen, daß der Theilungsrichter dem Einen die Proprietät des Gegenstandes, dem Anderen den Nießbrauch zuspricht [568]), welche Theilungsart freilich nur dann gerechtfertigt ist, wenn keine andere möglich ist. Prädialservituten kann der Theilungsrichter auferlegen, wenn die Naturaltheilung eines Grundstückes für den dadurch entstandenen einen Theil als neues Ganze eine Servitut am anderen nöthig macht [569]), oder er kann bei der Erbtheilung dem einen erbschaftlichen Grundstücke, welches er dem Einen adjudicirt, zu Gunsten des anderen einem Anderen adjudicirten erbschaftlichen Grundstückes eine solche Servitut auferlegen, muß dies aber sofort bei der Adjudication thun; hat er pure dem Einen ein Grundstück adjudicirt, so kann er dieses bei der Adjudication eines anderen Grundstückes an einen Anderen mit keiner Servitut belasten [570]). b) Die richterliche Anordnung kann auch vorkommen zum Behufe der Wiederherstellung einer verloren gegangenen Servitut. Dies ist der Fall, wenn die Servitut durch Vereinigung des Eigenthums und der Servitutbefugniß in Einer Person erlöschen muß, der ehemalige Servitutberechtigte oder Verpflichtete aber nach den vorliegenden Umständen das Eigenthum nicht behält, sondern dasselbe zurückgeben oder an einen Anderen abtreten muß, z. B. wenn er durch den Erbschaftsantritt ein ihm früher dienstbares oder ein über das seinige bisher herrschendes Grundstück erwirbt, es aber als Vermächtniß einem Anderen herauszugeben hat, oder wenn der Ehemann nach Auflösung der Ehe das ihm vor deren Schließung dienstbar gewesene Dotalgrundstück zurückgiebt, so müssen die Servituten wieder hergestellt werden und im Falle der Weigerung des Gegners geschieht dies durch richterliches Urtheil [571]). Dasselbe geschieht, wenn der Grund und Boden, an welchem die Servitut bestand, durch die Gewalt des Wassers weggerissen und später durch Anschwemmung, aber erst nach Ablauf einer so langen Zeit wieder hergestellt worden ist, daß unterdessen die Servitut durch Nichtgebrauch untergegangen sein würde [572]). c) Die im römischen Rechte bestehende

568) L. 6. §. 1. D. 7. 1. L. 16. §. 1. D. 10. 2. L. 6. §. 10. D. 10. 3.

569) L. 7. §. 1. D. 10. 3.

570) L. 22. §. 3. D. 10. 2.

571) L. 18. D. 8. 1. L. 9. D. 8. 4. L. 70. §. 1. L. 84. §. 4. L. 116. §. 4. D. 30. L. 7. §. 1. D. 23. 5. Bei Umstoßung eines Testamentes als inofficiös tritt jedoch die Confusion nicht ein. L. 57. pr. D. 7. 1. Dagegen bleibt die Confusion der Servituten bestehen, wenn dem Erben die Erbschaft wegen Indignität entzogen wird. L. 18. §. 1. D. 34. 9.

572) L. 14. pr. D. 8. 6. Der in L. 8. §. 4. D. 8. 5. enthaltene Fall der Restitution ist antiquirt. Gegen Puchta, Pandekten §. 163 a. E., welcher auf Grund dieser Stelle annimmt, daß auch in dem Falle, wenn Jemand nur zur Bestellung einer Servitut obligatorisch verpflichtet, verklagt und verurtheilt

Vorschrift, daß derjenige, welcher eine Begräbnißstätte hat, zu welcher er, weil sie ringsherum von fremden Grundstücken umschlossen ist, nicht kommen kann, einen Zugang gegen Entschädigung vom Nachbar verlangen darf[573]), den er dann durch richterliche Zuerkennung erhält, beruht auf religiösen Gründen und ist eigentlich keiner Ausdehnung fähig. Das römische Recht gestattete deshalb keine Civilklage, sondern es fand eine interpellatio extra ordinem statt. Die Praxis hat diese Vorschrift jedoch auf die Fälle ausgedehnt, wo Jemandem sein Eigenthum ohne eine Servitut ganz unnütz sein würde, namentlich wo es ihm an der Möglichkeit des Zuganges fehlt[574]). In der Beschränkung auf den Fall, wenn es an der Möglichkeit des Zuganges fehlt, mag sich diese Praxis allenfalls rechtfertigen, zumal der Zugang insofern überall begünstigt ist, als ohne ihn ein Recht nicht ausgeübt werden könnte[575]). Eine durch richterliche Anordnung in solchen Fällen entstandene Servitut heißt eine nothwendige (sog. servitus necessaria). Ehe der Richter um Bestellung einer solchen angegangen wird, muß zuvörderst der Weg der Güte mit dem Nachbar versucht werden.

3) Ersitzung[576]). In der ältesten Zeit war keine Ersitzung der Servituten bekannt, weil der Gegenstand der Servituten, deren Zweck als etwas Unkörperliches erschien, dessen fortdauerndes Inne-

werde, und sich dennoch weigere, die Servitut durch Adjudication entstehe, bemerkt Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 64, N. 21, S. 582, daß das Urtheil dann immer nur auf das Interesse vollstreckt werden könne, indem die Natur der Obligation hier durch den Gegenstand nicht geändert werde. Aus dem Gesichtspunkte des römischen Rechtes pflichten wir Sintenis bei, weil hier zuletzt alles auf eine pecuniaria condemnatio hinauskommt; aus dem Gesichtspunkte des heutigen Rechtes können wir seine Ansicht nicht billigen, weil eine Execution des Urtheils dadurch, daß der Richter die Servitut adjudicirt, möglich ist und dem Kläger das Interesse statt der Servitut, die er beansprucht, nicht aufgedrungen werden kann.

573) L. 12. pr. D. 11. 7.

574) Vgl. Glück a. a. O. Bd. IX, S. 97—105 und die dort angeführten Schriftsteller. Von den Neueren hat sich Elvers in der Themis (Göttingen 1828) Bd. I, Nr. 4, für jene Ausdehnung ausgesprochen, während Andere, wie Thibaut in Braun, Erörterungen §. 621, Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 54, sich dagegen erklären.

575) Hierher gehören nicht nur die Fälle, wo der Eingang gerade zur Ausübung der Servitut gehört, sondern es kann ein Zugang auch nothwendig sein zur Ausübung des Nießbrauches (L. 10. D. 8. 2. L. 15. §. 1. D. 33. 2.), zur Ausbesserung der zur Ausübung der Servitut nöthigen Anstalten und Vorrichtungen. L. 11. D. 8. 4. L. 23. §. 3. D. 8. 3. Wenn auch freilich die Existenz einer Servitut hier häufig in stillschweigender Bestellung oder Anordnung ihren Grund hat, so kann doch auch durch Naturereignisse die Nothwendigkeit einer Servitut begründet sein. Vgl. Sintenis a. a. O. Bd. I, S. 583, N. 23.

576) Ueber die Ersitzung der Servituten im ganzen s. Unterholzner, Verjährungslehre B. III, Bd. 2, §. 187 flg. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 122—176. Busch, im Archiv für civil. Praxis Bd. 31, S. 241—268, 407—425. Von den älteren Schriftstellern vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. IX, §. 629, S. 105—155.

haben nicht, wie bei einer körperlichen Sache, möglich war. Es fehlte also an dem fortdauernden Besitze dem ersten Erfordernisse der Ersitzung. Da indessen bei Gebäudeservituten die Zwecke der Servitut in einem gewissen Zustande des herrschenden und dienenden Grundstückes äußerlich in das Auge fielen, so wurde hier bald ein Besitz der Servituten angenommen und die Möglichkeit einer Ersitzung für den Fall anerkannt, wenn ein Gebäude in einem zur Benutzung der Servitut eingerichteten Zustande die Usucapionszeit hindurch besessen worden war. Die von der Usucapion unbeweglicher Sachen handelnde Stelle der 12 Tafeln ist wohl auch die Quelle der Servitutenersitzung; sie handelte von letzterer nicht unmittelbar, ist aber bald von der Jurisprudenz analog darauf angewendet worden. Ueber die besonderen Erfordernisse der Servitutenersitzung aus der Zeit nach den 12 Tafeln und vor der lex Scribonia fehlen die Nachrichten. Wahrscheinlich kamen alle Voraussetzungen der Eigenthumsersitzung auch hier zur Anwendung. Als gewiß ist nur die Ersitzungszeit von zwei Jahren anzunehmen, welche aus der gleich langen Zeit bei der usucapio libertatis sich ergiebt. Eine lex Scribonia aus unbekannter Zeit hob die usucapio servitutis auf und ließ die usucapio libertatis fortbestehen[577]). — Nachdem man einen Quasibesitz nach Analogie der vera possessio angenommen und diesen als in der Ausübung der Servitut (usus) liegend anerkannt hatte, entstand nach dem Muster der longi temporis praescriptio eine neue Ersitzart, sog. longa quasi possessio, bei den Servituten[578]). Sie kommt auch unter den Namen diuturnus usus, longi temporis consuetudo, velut longae possessionis praerogativa vor. Die Bedingungen, unter welchen der Besitz durch Zeitablauf das Recht begründen soll, sind nach den einschlagenden Stellen verschieden von den Bedingungen der Ersitzung des Eigenthums. Es ist kein iustus titulus erforderlich, sondern blos ein fehlerfreier Besitz (nec vi, nec clam, nec precario possidere). Dieses possidere soll eine utilis actio zur Folge haben. Auch gehört noch bona fides zur Servitutenersitzung, welche in genauer Verbindung mit dem fehlerfreien Besitze steht[579]). Die Ersitzungszeit findet sich nicht ausdrücklich bestimmt. Wahrscheinlich schloß sich die longa quasi possessio ganz an die longi temporis praescriptio an. Erst Justinian

---

577) L. 14. pr. D. 8. 1. L. 4. §. 29. L. 10. §. 1. D. 41. 3. Die lex Scribonia wird in der zweiten Stelle erwähnt; in der ersten erklärt Paulus, wahrscheinlich mit Rücksicht auf die lex Scribonia, die Ersitzung der Rusticalservituten und Urbanservituten für unzuläsig; in der dritten spricht Ulpian davon, daß Servituten für sich nicht durch lange Zeit ersessen werden können, wohl aber mit den Gebäuden. Vgl. über diese Stellen sowie über Paul. Sent. lib. I. tit. 17. §. 2. Cic. pro Caec. c. 26. Hoffmann a. a. O. S. 127—131, der auch die Meinungen und Erklärungen Anderer anführt und beleuchtet.

578) Die hauptsächlich davon handelnden Stellen sind L. 10. pr. D. 8. 5. L. 1. §. ult. D. 39. 3. L. 1. C. III. 34. L. 2. C. eod. Vgl. ferner L. 28. D. 8. 5. L. 25. D. 8. 6. L. 5. §. 3. D. 43. 19.

579) L. 1. §. 10. D. 43. 20.

machte in dieser Beziehung allen Zweifeln ein Ende[580]). Betrachten wir nun die Servitutenersitzung nach dem neuesten Rechte und deren einzelne Erfordernisse. a) Das erste Erforderniß der Servitutenersitzung ist der Quasibesitz. Hinsichtlich dessen Erwerbes und Verlustes ist auf einen anderen Artikel zu verweisen[581]). b) Das zweite Erforderniß ist, daß der Quasibesitz fehlerfrei und bona fide begonnen und so auch die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert habe. Zum fehlerfreien Erwerbe und Fortdauer des Quasibesitzes gehört, daß er weder vi, noch clam, noch precario ausgeübt worden sei. Gewaltsam handelt sowohl derjenige, welcher auf irgend eine Weise die Einsprache dessen verhinderte, von welchem eine solche zu befürchten war, d. h. mit Recht zu befürchten war, welcher also für den Berechtigten gehalten wurde[582]), als auch derjenige, welcher wider den Widerspruch des Berechtigten handelt[583]). Gleichgiltig ist, ob durch den zum Widerspruche Berechtigten unmittelbar oder durch dessen Stellvertreter Einsprache erhoben wurde[584]). Der Berechtigte ist hier der Eigenthümer des Grundstückes, an welchem die Servitut ersessen werden soll. Eine heimliche Handlung ist diejenige, von welcher der, dessen Widerspruch zu befürchten ist, d. h. der Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes nach der Absicht des Handelnden nichts erfahren soll oder nach dem Glauben des Handelnden nichts erfahren wird[585]). Die erste der in der Note anzogenen Stellen hat mehr solche Handlungen im Auge, welche an sich nicht gerade bestimmt und geeignet sind, zur Kenntniß des Berechtigten zu kommen; sie spricht von einer objectiven Verheimlichung; der Handelnde glaubte hier oder mußte in dem Glauben stehen, daß die Handlungen nicht ohnehin zur Kenntniß des Berechtigten kämen, und deshalb war er zur besonderen Benachrichtigung des Berechtigten von seiner Handlung verpflichtet, wenn er nicht den Vorwurf der Heimlichkeit auf sich laden wollte. In der zweiten der in der Note angezogenen Stellen wird die Heimlichkeit in einem weiteren Sinne genommen und Abwesenheit des animus celandi, der Absicht der Verheimlichung gefordert. Diese Absicht ist aber dann nicht anzunehmen, wenn die Handlungen an sich geeignet sind, zur Kenntniß des zum Widerspruche Berechtigten zu gelangen, und der Handelnde nicht aus den Umständen erwarten konnte, daß der Berechtigte trotzdem nichts erfahren werde. Hier liegt der Fehler der Heimlichkeit mehr überhaupt in der Absicht der Verheimlichung; dort in dem Glauben oder zu vermuthenden Glauben, daß die Handlungen nicht bekannt würden und in der Nichtanwendung der Mittel, eine solche Kenntniß herbeizuführen. Da, wo eine besondere Benachrichtigung

580) L. 12. C. VII. 33.
581) Vgl. den Artikel Besitz Bd. II, S. 67—73.
582) L. 1. §. 8. L. 20. pr. §. 1. D. 43. 24.
583) L. 1. §. 5. L. 20. §. 1. D. 43. 24.
584) L. 3. pr. D. 43. 24.
585) L. 3. §. 7. 8. D. 43. 24. Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 182 flg.

nöthig ist, soll daher regelmäßig der Stellvertreter in Kenntniß gesetzt werden, eben weil nur die Abwesenheit der Absicht der Verheimlichung nöthig ist, der Handelnde aber regelmäßig voraussetzen konnte, daß der Stellvertreter das Nöthige seinem Principale berichten werde[586]). Auf die Wissenschaft kommt es nicht an; sonst müßte die in Frage stehende Handlung dem Berechtigten unmittelbar angezeigt werden. Allein es entscheidet blos das, was der Handelnde dachte und beabsichtigte. Deshalb darf auch dem gegenüber, welchen der Handelnde für den Berechtigten hält, nicht heimlich gehandelt worden sein; und es ist gleichgiltig, ob dieser wirklich der Berechtigte war[587]). Precario handelt derjenige, welcher eine Handlung blos mit der bis auf Widerruf gestatteten Erlaubniß des Berechtigten vornimmt. Das Erforderniß des fehlerfrei begonnenen und ebenso ununterbrochen fortgesetzten Quasibesitzes ist in den Quellen ausdrücklich aufgestellt[588]). Das weiter aufgestellte Erforderniß der bona fides ist nach römischem Rechte bestritten. Einige verlangen sie unbedingt, nach römischem Rechte natürlich nur zu Anfang der Ersitzung, während Andere sie ebenso unbedingt für überflüssig erklären und nur Fehlerfreiheit des Quasibesitzes verlangen[589]). Wir sind der Ansicht, daß sich dieses Erforderniß aus dem römischen Rechte nicht beweisen lasse, nach dem kanonischen Rechte[590]) aber unbedingt anzunehmen sei[591]). Hiernach muß der eine Servitut Ersitzende von dem Glauben ausgehen, daß er das zu ersitzende Recht rechtmäßig

---

586) L. 5. §. 2. 3. D. 43. 24.

587) L. 5. §. 5. D. 43. 24.

588) L. 10. pr. D. 8. 5. L. 1. §. 23. D. 39. 3.

589) Die Vertheidiger des Erfordernisses des bona fides berufen sich auf folgende Stellen: 1) L. 1. §. 10. D. 43. 20.: Sufficit enim, si iure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit. Vgl. auch L. 1. §. 19. D. eod. Es ist dort von den Bedingungen der Anstellung des interdictum de aqua quotidiana et aestiva die Rede. Dagegen beschränken die Gegner die hier verlangte bona fides einzig und allein auf das gedachte Interdict und berufen sich wegen der Entbehrlichkeit derselben bei der Servitutenersitzung auf die Stellen, wo weiter nichts als fehlerfreier Besitz während der Ersitzungszeit gefordert wird. L. 10. pr. D. 8. 4. L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 1. C. III. 34. 2) L. 25. D. 8. 6.: Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credidit. Dort aber gehen die Worte: qui suo iure uti se credidit, nicht auf die bona fides, sondern auf die Absicht die Servitut auszuüben, nicht auf die Meinung, daß das Servitutrecht dem Ausübenden zustehe. 3) Wird die Analogie der longi temporis praescriptio, nach welcher sich die Servitutenersitzung gebildet hat, hierher bezogen. Zu den Vertheidigern des Erfordernisses der bona fides nach römischem Rechte gehören Unterholzner, Verjähr. 1. Ausg. S. 330. Busch, im Archiv für civil. Praxis Bd. 31, S. 412 flg., zu den Gegnern Zimmern und Neustettel, röm. rechtl. Unters. S. 119 flg. Seuffert, Erörter. Bd. II, S. 65 flg.

590) Cap. 20. X. II. 26.

591) Diese Meinung ist auch in der Praxis die herrschende. Dafür erklären sich Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, §. 210. Hoffmann und Fuhr, civil. Versuche Nr. 1, S. 13. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II,

erworben habe. Der Glaube, daß man eine Servitut erworben habe, kann entweder in dem Glauben bestehen, daß man eine bereits bestehende Servitut (und zwar, da dies nur bei Prädialservituten möglich ist, von dem Inhaber des herrschenden Grundstückes) überkommen habe, oder in dem Glauben, daß der Besteller einer Servitut an einer Sache Eigenthümer der Sache gewesen sei. Die Uebertragung einer bereits bestehenden Servitut ist aber nur mit Uebertragung des herrschenden Grundstückes selbst möglich. Solchenfalls geht jedoch eine dem früheren Inhaber des übertragenen Grundstückes wirklich zustehende Servitut zugleich mit dem Grundstücke über, ohne daß der Servitut bei der Uebertragung Erwähnung geschehen zu sein braucht. Der Glaube, daß man eine bestehende Servitut überkommen habe, ist daher alsdann anzunehmen, wenn man von dem wirklichen oder vermeintlichen Inhaber eines Grundstückes dasselbe übertragen erhält oder auf eine diesen Glauben rechtfertigende Weise übertragen erhalten zu haben glaubt und zugleich in der Meinung steht, daß diesem Grundstücke eine Servitut zugestanden habe. Die Meinung, daß einem übertragenen Grundstücke eine Servitut zugestanden habe, kann dadurch entstehen, daß der Veräußerer des Grundstückes die fragliche Servitut erwähnt; sie kann aber auch auf andere Weise, ohne daß die Servitut erwähnt worden zu sein braucht, entstehen, z. B. dadurch, daß der Servitutbesitzer auf eine wahrgenommene oder von Anderen gehörte Ausübung der Servitut von Seiten des Vorbesitzers des vermeintlich herrschenden Grundstückes oder auf gewisse wahrgenommene Einrichtungen des vermeintlich herrschenden und dienenden Grundstückes sich stützt, welche auf das Dasein einer Servitut schließen lassen. Oft kann freilich durch solche Umstände nur eine schwache Vermuthung, kein fester Glaube an das Dasein einer Servitut erzeugt werden und wird dadurch erzeugt. Die schwache Vermuthung wird in diesem Falle zum festen Glauben werden, wenn der, welcher das vermeintlich herrschende Grundstück übertragen bekommen hat, die vermeintliche Servitut offen vor den Augen des wirklichen oder vermeintlichen Eigenthümers des dienenden Grundstückes und ohne Gewaltthätigkeit, ohne daß die Willensäußerung des Eigenthümers verhindert wird, ausgeübt, und der Eigenthümer des dienenden Grundstückes keinen Widerspruch erhoben hat. Wenn sich der Glaube, daß dem übertragenen Grundstücke eine Servitut an einem anderen Grundstücke zugestanden habe, auf eine gewisse Einrichtung desselben oder auf eine wahrgenommene oder vernommene Ausübung von Seiten des Vorbesitzers des herrschenden Grundstückes stützt, so genügt auch schon der Nachweis solcher Umstände zum Beweise der bona fides, vorbehältlich des Gegenbeweises. **Hoffmann** hält die bona fides auch für den Glauben, daß der Eigenthümer der Sache eine

---

S. 135 flg. **Hasse**, im rhein. Museum Bd. II, S. 417, N. 23. **Sintenis**, Civilrecht Bd. I, S. 586, Anm. **Busch** a. a. O. S. 417 flg.

vorher noch nicht bestehende Servitut habe einräumen wollen[591a]) und macht bei der Frage, wie man zu diesem Glauben komme, einen Unterschied zwischen den Prädialservituten, namentlich denjenigen, welche in gewissen von Zeit zu Zeit auf dem dienenden Grundstücke vorgenommenen Handlungen bestehen, und dem Eigenthum. Zu dem Glauben, eine Servitut wirklich erworben zu haben, könne man nicht blos dadurch kommen, daß der wirkliche oder angebliche Eigenthümer eine Servitut eingeräumt und dadurch die Erlaubniß zur Servitutausübung ertheilt habe, in dessen Folge dann die entsprechenden Handlungen vorgenommen werden; vielmehr könne dieser Glaube auch dadurch entstehen, daß man in der Voraussetzung, der Eigenthümer eines Grundstückes werde gegen die Ausübung der Servitut als Recht nichts haben, jedoch zugleich mit dem Vorsatze dieselbe ausübt, es im Verhinderungsfalle zu unterlassen, und daß nun kein Widerspruch gegen die Ausübung der Servitut wenigstens eine Zeit lang erhoben wird. Das Stillschweigen des Inhabers des dienstbaren Grundstückes werde hier in der Regel auf eine Einwilligung desselben schließen lassen, da die Servitutausübung eine Reihe von Handlungen voraussetzt, welche an sich geeignet sind, zur Kenntniß des Inhabers des zum Dienen bestimmten Grundstückes zu gelangen. Derselbe könne der Ausübung der Servitut, wenn er sie nicht gestatten wolle, sich widersetzen und werde die Ausübung auch in einem solchen Falle regelmäßig untersagen. Nur müßten im concreten Falle diese Servituthandlungen, d. h. die Ausübung der Servitut als Recht, dem Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes nicht verborgen werden; sie müßten mit der Absicht vorgenommen werden, daß sie zur Kenntniß des Eigenthümers, wer er auch sei, oder wenn man eine bestimmte Person für den Eigenthümer hält, dieser bestimmten Person gelangen; sie müßten, um eine solche Ansicht annehmen zu können, äußerlich offen sein. Außerdem dürften diese Handlungen nicht darauf berechnet sein, die Willensäußerung des Eigenthümers, wer er auch sei, oder der bestimmten, für den Eigenthümer gehaltenen Person zu verhindern; sie müßten, um dies annehmen zu können, äußerlich friedfertig sein. Habe der Servitutbesitzer auf diese Weise die Servituthandlungen unternommen, habe er sie dem vermuthlichen Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes weder verborgen, noch dessen Willensäußerung, die Ausübung der Servitut zu untersagen, verhindert oder zu verhindern gesucht, so werde angenommen, der Servitutbesitzer sei von dem Gedanken ausgegangen, der Inhaber des künftig dienenden Grundstückes werde gegen die Ausübung der Servitut als Recht nichts einzuwenden haben, und man wolle die Servitut nicht weiter beanspruchen, wenn derselbe die Ausübung untersagen sollte. Ebenso werde, wenn wirklich eine Zeit lang kein Widerspruch erfolgte, angenommen, der Servitutbesitzer sei von der Ansicht aus-

---

591a) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 138 flg.

gegangen, daß der Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes ihm eine Servitut und zwar als unwiderrufliches Recht habe einräumen wollen, wenn nicht vom Anfang an ein bloßes widerrufliches Recht, ein precarium, dem Servitutbesitzer bewilligt wurde. Gegen den ersten der beiden letzteren Sätze werde auf Grund einer römischen Gesetzstelle[592]) eingewendet, daß derjenige, welcher die Servituthandlungen in der Absicht vornahm, es im Verhinderungsfalle zu unterlassen, die Servitut niemals als Recht ausübe, und daß, da in dessen Folge die Interdicte versagt würden, eine Verjährung noch viel weniger stattfinden könne[593]); ebenso werde gesagt, ein solcher Gedanke enthalte wenigstens blos die Absicht, die Servitut als Precarium auszuüben. Allein beides hält **Hoffmann** unbegründet. Der Gedanke nämlich, sagt er, die Servitutausübung im Verhinderungsfalle zu unterlassen, könne darauf beruhen, daß man diese niemals als etwas Durchzusetzendes, d. h. als ein Recht betrachtet haben will, oder darauf, daß man die Dauer dieses Rechtes von dem entgegenstehenden Willen, dem Widerrufe, abhängig sein läßt, oder darauf, daß man das Recht erst durch die Nichterhebung eines Widerspruches entstehen lassen will. Im letzten Falle müsse hinterher, wenn eine Zeit lang nicht widersprochen wurde, der Gedanke an die Einräumung des Rechtes und die Absicht dieses durchzusetzen, entstehen. Zur Anstellung des interdictum de itinere actuque privato werde aber vorausgesetzt, daß man schon zu der Zeit der Besitzstörung das Recht ohne alle Einschränkung und selbst für den Fall des Widerspruches sich angemaßt hatte; die äußeren Handlungen müßten immer so beschaffen sein, daß aus ihnen die Absicht, ein Recht ausüben zu wollen, äußerlich erkennbar ist. Dies vorausgesetzt, sei die Annahme ungerechtfertigt, daß der Servitutausübende blos ein stets widerrufliches Recht habe ausüben wollen. Auch könne nicht gegen das Obige eingewendet werden, es könne der Inhaber eines Grundstückes ungeachtet seiner Kenntniß von der Absicht eines Anderen, eine Servitut als Recht auszuüben, und ungeachtet er von dem Servitutbesitzer an dem Widerspruche nicht verhindert wurde, doch, ohne die Absicht der Einräumung einer Servitut, den Widerspruch dem Servitutbesitzer gegenüber unterlassen haben. Wenn auch eine Nichterhebung des Widerspruches von Seiten des Inhabers des zum Dienen bestimmten Grundstückes gegen die Servitutausübung aus anderen Gründen möglich sei, entweder weil der Inhaber an dem Widerspruche auf andere Weise verhindert wurde, z. B. durch Drohungen oder Vorspiegelungen eines Dritten, oder weil der Inhaber die Ausübung der Servitut aus einer gewissen Apathie duldete, ohne damit eine Servitut anerkennen und in die weitere Ausübung einwilligen zu wollen, oder weil er irrig glaubte, die Servitut sei von seinen Vorbesitzern früher gestattet worden und er müsse deshalb

592) L. 7. D. 43. 19.
593) **Seckendorf**, im Archiv für civil. Praxis Bd. IV, S. 92.

deren Ausübung leiden, so seien dies doch selten vorkommende Fälle, deren Möglichkeit der Gesetzgeber deshalb nicht berücksichtigen werde. Daher sei die Voraussetzung des Servitutbesitzers, daß der um die Ausübung der Servitut wissende und von ihm an der Einsprache nicht verhinderte Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes die Servitut habe einräumen wollen, an sich gerechtfertigt. Das Dasein dieser Voraussetzung sei deshalb auch auf Seiten des Servitutbesitzers so lange anzunehmen, bis ihm nachgewiesen werde, gewußt zu haben, sein Gegner habe troß seiner Kenntniß von der Ausübung der Servitut und ungeachtet er an der Einsprache durch den Servitutbesitzer nicht verhindert wurde, dennoch die Servitut nicht dulden wollen, oder er habe diese zwar geduldet, aber aus den vorher angeführten Gründen nicht die Absicht an den Tag gelegt, eine Servitut einzuräumen. Im Falle der Lieferung dieses Nachweises sei bona fides freilich nicht vorhanden, obgleich die Ausübung dieser Servitut eine fehlerfreie ist. Die bona fides umfasse also insofern mehr als die fehlerfreie Ausübung. Umgekehrt könne gegen die Servitutausübung Widerspruch erhoben sein und der die Servitut Ausübende sich doch im guten Glauben befinden, wenn er nämlich zur Zeit der Erhebung des Widerspruches schon in der Meinung stand, die Servitut sei ihm schon damals stillschweigend eingeräumt gewesen; eine Meinung, zu der er dann kommen müßte, nachdem er die Servitut schon längere Zeit ohne Widerspruch ausgeübt hatte, wodurch der Vorsatz in ihm entstehen müßte, auch gegen etwaigen Widerspruch die Ausübung fortzusetzen. Anlangend den Einwand von Hasse[594]), daß durch eine solche Einsprache der Servitutbesitzer zu der Meinung kommen müsse, daß er in das Recht eines Anderen eingreife, so giebt Hoffmann zwar zu, daß ein solcher Verdacht bei dem Servitutbesitzer zwar entstehen könne, und wenn er entsteht, die Servitutenersitzung auch bei früher vorhandener bona fides des Servitutbesitzers unterbrochen werde; es könne aber der die Servitut Ausübende auch von der Ueberzeugung ausgehen, der Widersprechende habe ihm einmal durch sein langes Stillschweigen die Servitut gestattet, oder, das zum Dienen bestimmte Grundstück gehöre einem Anderen als dem Widersprechenden. Hiernach ist es nach Hoffmann mehr eine thatsächliche Frage, ob der Servitutbesitzer durch späteren Widerspruch in bösen Glauben versetzt worden sei. Freilich habe, sagt er, der Widerspruch des wirklichen Eigenthümers die Unterbrechung der Servitutenersitzung zur Folge, wenn nicht in der That aus dem Stillschweigen des Eigenthümers eine Einwilligung in die Ausübung der Servitut als Recht hervorgehe, wo dann die Errichtung der Servitut durch stillschweigenden Vertrag vorliegen würde. In dem Zuwiderhandeln gegen den vom Eigenthümer erhobenen Widerspruch liege nämlich eine vis, ungeachtet der Servitutbesitzer sich im guten Glauben befinde. Bei der Eigen=

594) Hasse a. a. O. S. 416.

thumsersitzung reiche dagegen ein außergerichtlicher Widerspruch des Eigenthümers gegen den Ersitzenden zur Unterbrechung der Ersitzung nicht hin. Der in dieser Beziehung zwischen Eigenthumsersitzung und Servitutenersitzung bestehende Unterschied beruhe aber auf inneren Gründen. Bei körperlichen Sachen, welche von Hand zu Hand gehen, komme es darauf an, daß der eine Besitzer von seinem Vorbesitzer, und daß namentlich der unmittelbare Nachfolger des Eigenthümers von diesem den Besitz sich nicht durch vis, gegen dessen erklärten Widerspruch verschafft und sodann weiter übertragen habe; habe der Ersitzende auf die Weise die Sache ohne vis erlangt, dann solle die bloße Einsprache des Eigenthümers, welcher sich vom Anfange an in dem festen Besitze leicht hätte erhalten, dem die Sache ohne vis nicht leicht hätte entzogen werden können, zur Unterbrechung der Ersitzung nicht genügen und deshalb der Ersitzende den festen Besitz der Sache aufzugeben nicht verbunden sein; vielmehr werde hier ein gerichtlicher Act verlangt, welcher die Erörterung der Frage enthält, daß der Kläger und nicht der Auctor des Ersitzenden Eigenthümer gewesen sei. Bei den Gegenständen der Servituten hingegen, welche nicht von einer Hand zur anderen gehen, leite der Servitutbesitzer sein Recht regelmäßig vom Eigenthümer ab und selbst da, wo er die Servitut von dem Nichteigenthümer erhalten hat, erhalte er doch nicht den Besitz als res vacua; vielmehr setze er sich auch erst in die Ausübung und setze diese als ein dem Eigenthümer gegenüber ihm zustehendes und gewissermaßen, wenigstens regelmäßig, von demselben eingeräumtes Recht fort, als habe ihm der Eigenthümer die Ausübung verstattet. Hier werde durch den Widerspruch des Eigenthümers bewiesen, daß er die Servitut nicht eingeräumt habe, wenn nicht sein bisheriges Stillschweigen eine solche Einwilligung ergiebt. Es sei hier auch, namentlich bei Servituten, welche in von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen auf einem Grundstücke bestehen, eine Ersitzung gegen den Eigenthümer weit leichter als die Ersitzung des Eigenthums, und deshalb müsse der Eigenthümer auch leichter die Ersitzung der Servituten unterbrechen können. Hier könne endlich der Servitutenbesitzer viel eher zur Unterlassung der Servituthandlung verpflichtet erscheinen, als der Eigenthumsbesitzer zur Verlassung seines festen Eigenthumsbesitzes. Obwohl im einzelnen die Ausführung Hoffmann's manches Richtige enthält, so muß doch im allgemeinen seine Ansicht, es genüge zum guten Glauben, daß Jemand die zur Ausübung der Servitut nöthige Handlung in der Voraussetzung unternahm, daß der Eigenthümer nichts gegen die Ausübung der Servitut als Recht haben werde, als unrichtig verworfen werden. Wenn wir auch nicht auf Grund des römischen Rechtes, so doch aus der Natur der Sache den guten Glauben bei der Servitutenersitzung darein setzen müssen, daß der Servitutbesitzer wirklich in der Meinung stehe, daß ihm eine Servitut zustehe, so kann auf Seiten dessen, der kein Recht hat, die Meinung einer zustehenden Servitut nicht dadurch entstehen, daß er

solche längere Zeit ohne Widerspruch des Eigenthümers der zum Dienen bestimmten Sache ausübt. Quasibesitz entsteht dadurch, aber nicht bona fides. Dann halten wir allerdings den Einwand, daß derjenige, welcher Servituthandlungen in der Absicht vornimmt, solche im Verhinderungsfalle zu unterlassen, die Servitut nicht als Recht ausübe, es also schon an dem erforderlichen Quasibesitze mangele, und daß, da in dessen Folge die Interdicte versagt würden, die Verjährung noch viel weniger zulässig sei, für durchschlagend und durch die Bemerkungen Hoffmann's dagegen nicht widerlegt. Unserer Ansicht nach kann die bona fides außer in dem Falle, wo Jemand glaubt, eine bereits bestehende Servitut von dem Inhaber des herrschenden Grundstückes überkommen zu haben, nur noch in dem Glauben bestehen, daß der Besteller einer Servitut an einer Sache Eigenthümer der Sache gewesen sei. Hier steht die bona fides in Verbindung mit dem iustus titulus; es handelt sich hier von der Ersitzung einer von dem vermeintlichen Eigenthümer der dienstbaren Sache bestellten Servitut gegen den wirklichen Eigenthümer, und daher ist auch hier ein iustus titulus nothwendig. — Das Dasein der bona fides in diesem zuletzt erwähnten Falle ist, wenn der Titel erwiesen ist, nach Analogie des gleichen Falles bei der Ersitzung des Eigenthums bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen; außer diesem Falle ist das Dasein derselben auf Seiten des Servitutberechtigten bis zum Beweise des Gegentheiles anzunehmen, wenn derselbe die Ausübung der Servitut dem Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes nicht verbarg und den Widerspruch gegen dieselbe nicht verhinderte. Der Servitutbesitzer hat nicht einmal zu beweisen, daß er den vermeintlichen Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes von der Ausübung der Servitut in Kenntniß gesetzt sowie daß er denselben am Widerspruche nicht verhindert habe, obwohl ihm der Beweis des ersteren Momentes freisteht, als eines die Heimlichkeit ausschließenden Umstandes, sowie ihm auch der Beweis, daß er dem Stellvertreter des Eigenthümers die Servitutausübung angezeigt habe, so lange zur Ausschließung des Verdachtes der Heimlichkeit nützt, bis ihm nachgewiesen wird, er habe gewußt, daß dennoch der Eigenthümer wegen Untreue oder Nachlässigkeit des Stellvertreters nichts von der Ausübung der Servitut erfahren werde[595]). Vielmehr wird beides, sowohl die Wissenschaft des Inhabers von der Servitutausübung, als die Nichtverhinderung desselben an Einlegung eines Widerspruches von Seiten des Servitutbesitzers, vermuthet, wenn die äußeren Handlungen den Charakter der Oeffentlichkeit und Friedfertigkeit haben, und die Absicht, die Servitut als Recht ausüben zu wollen, ebenfalls öffentlich dargelegt wird, sich mit aus der äußeren Beschaffenheit der fraglichen Handlungen ergiebt. Daß Beabsichtigung einer dauernden Norm, welche aus der Handlung erhellen muß, nur dann anzunehmen sei,

595) Hasse a. a. O. S. 421.

wenn die Ausübung der Servitut zugleich eine mit Kosten verbundene, dauernde Anstalt erfordere, wie Manche glauben[596]), und in allen übrigen Fällen der Servitutbesitzer, damit seine Absicht, ein Recht auszuüben, offenbar sei, seinen Willen, ein Recht auszuüben, laut erklären müsse, ist deshalb nicht zu billigen, weil derjenige, welcher eine Servitut offen als Recht ausübt und dessen sich bewußt ist, auch gewöhnlich überzeugt ist, daß sowohl die thatsächliche Ausübung als das Moment der Ausübung als Recht ohnehin dem Anderen schon bekannt werden werde. Die obige Vermuthung wird aber dann nicht Platz greifen können, wenn die Handlung nach der concreten Beschaffenheit der Servitut an sich von der Art ist, daß sie öffentlich vorgenommen wird, und nur in diesem Falle wird der Servitutbesitzer zu erweisen haben, daß er die für den Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes gehaltene Person von der Ausübung der Servitut besonders in Kenntniß gesetzt habe. In den übrigen gewöhnlichsten Fällen hingegen ist es wegen der obigen Vermuthung Sache des Gegners, nachzuweisen, daß der Servitutbesitzer trotz jener äußerlich öffentlichen Handlungen wohl gewußt habe, dem Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstückes sei die Servitutausübung oder doch die Absicht, die Servitut als Recht auszuüben, unbekannt geblieben, oder derselbe sei durch den Servitutbesitzer auf sonstige Weise durch andere Handlungen am Widerspruche verhindert worden. Die äußere, offene und friedfertige Ausübung der Servitut ist bei der Servitutenersitzung das, was der iustus titulus bei der Eigenthumsersitzung ist[597]). Beruft sich der Servitutbesitzer auf einen iustus titulus oder auf eine wirkliche oder vermeintliche, d. h. aus äußeren an sich schlüssigen Thatsachen gefolgerte, consuetudo des Vorbesitzers des zum Herrschen bestimmten Grundstückes, so ist auch hier der mit Gewalt oder heimlich ausgeübte Quasibesitz der Servitutersitzung hinderlich, indem der Servitutbesitzer, obschon er durch den Nachweis des Titels oder der consuetudo seines Vorgängers äußerlich gerechtfertigt ist, doch bei gewaltsamer oder heimlicher Ausübung der Servitut verdächtig erscheint, weil dadurch leicht die Meinung begründet wird, er sei selbst davon überzeugt gewesen oder habe es als möglich gedacht, daß sein Auctor selbst nicht zur Servitut berechtigt gewesen sei. Doch hat in diesem Falle der Servitutbesitzer blos den Titel oder die consuetudo seines Vorbesitzers zu erweisen; Sache des Gegners ist es, ihm heimliche oder gewaltsame Ausübungsacte nachzuweisen, weil er eben hieraus den Mangel der bona fides des Servitutbesitzers folgert. Die Frage,

---

596) Seckendorf a. a. O. S. 88, 93.

597) Hasse a. a. O. S. 418. Anders in dem Falle, wo sich der Servitutbesitzer gegen den wirklichen Eigenthümer des zum Dienen bestimmten Grundstückes behufs der Ersitzung auf Bestellung derselben von Seiten des vermeintlichen Eigenthümers und auf Ausübung der Servitut während der Verjährungszeit beruft, wo er diese Bestellung, also den iustus titulus zu erweisen hat.

ob, wenn ein vom Eigenthümer verschiedener juristischer Besitzer des zum Dienen bestimmten Grundstückes vorhanden ist oder als vorhanden vermuthet wird, auch diesem gegenüber die Servitutausübung eine offene und gewaltlose sein müsse, ist dann zu bejahen, wenn der juristische Besitzer entweder als ein älterer oder als von einem älteren Besitzer sein Recht ableitend erscheint. Er ist nämlich dann ein besser Berechtigter als der Servitutbesitzer; es darf daher der Wille des letzteren mit dem Willen des besser Berechtigten weder in Gedanken, noch in der äußeren Erscheinung in Widerspruch treten. Der Servitutbesitzer durfte folglich auch, wenn er irgend Jemanden für einen vom Eigenthümer verschiedenen besseren juristischen Besitzer ansah, diesem nichts verbergen, er durfte ihn am Widerspruche nicht gehindert haben; es durfte auch der wirkliche vom Eigenthümer verschiedene bessere juristische Besitzer keinen Widerspruch gegen die Ausübung der Servitut erhoben haben. Dies stimmt ganz mit den Grundsätzen von der Eigenthumsersitzung überein, wornach die Ersitzung der mit Gewalt einem Besitzer abgenommenen Sachen unzulässig ist, auch wenn sie von dem vermeintlichen Eigenthümer durch rechtsgiltigen Titel übertragen worden sind. — Die bisher erwähnten Grundsätze über die Erfordernisse der Ersitzung betrafen diejenigen affirmativen Servituten, vermöge welcher von Zeit zu Zeit Handlungen auf einem fremden Grundstücke vorgenommen werden, als welche in den Quellen die Rusticalservituten angeführt werden. Was nun die übrigen Prädialservituten anlangt, so gehört bei den negativen Servituten, bei welchen Gebäude vorkommen, der gerechte Titel schon zum Erwerbe des Quasibesitzes und kommt daher als Bestandtheil des Besitzes, nicht als Erforderniß der Verjährung in Betracht. Bei den affirmativen Gebäudeservituten verhält es sich anders. Hier ist aber ein einige Zeit lang fortgesetzter Besitz, namentlich ein fehlerloser, nicht wohl möglich, ohne daß der Besitzer des zum Dienen bestimmten Grundstückes Kenntniß von der Besitzausübung erhalten wird, weil diese in einem äußeren stets sichtbaren Zustande eines fast immer bewohnten Gebäudes besteht. Auch ist hier die Absicht, die Servitut als Recht auszuüben und die Erkenntniß dieser Absicht bei dem Besitzer des zum Dienen bestimmten Grundstückes vorauszusetzen. Dieser wird dann, wenn er eine solche Absicht wahrgenommen hat, die Ausübung der Servitut untersagen, wenn er die Servitut nicht gestatten will. Wird eine die Ausübung der Servitut bezweckende Anstalt errichtet, so wird er dennoch hinterher entweder dies untersagen oder ausdrücklich oder stillschweigend einwilligen; es bleibt aber auch das Gegentheil denkbar. Solchenfalls ist allerdings, wenn sich der Servitutbesitzer nicht zugleich auf eine consuetudo seines Vorbesitzers stützte, die Möglichkeit der Ersitzung deshalb zweifelhafter, weil hier weniger als bei den positiven Servituten, welche in von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen bestehen, vom Anfange an der Glaube des Servitutbesitzers möglich ist, daß der Gegner ihm die Errichtung einer Anstalt, welche

einen dauernden Zustand hervorbringen soll, gestatten werde. Dennoch wird in Einer Stelle[598]) der fehlerfreie Quasibesitz für genügend erachtet und der Nothwendigkeit eines iustus titulus wohl deshalb nicht gedacht, weil ein solcher fehlerfreier Besitz ohne Gestattung einer Servitut sehr selten vorkommen mochte. Von der Ersitzung des Usufructus handelt blos eine einzige Stelle[599]). Es wird dieselbe zwar von Manchen[600]) auf die aufhebende Verjährung der Servituten bezogen, allein ihrem ganzen Zusammenhange nach bezieht sie sich auf die Servitutenersitzung[601]). Die Ersitzung der persönlichen Servituten deshalb mit Zimmern auszuschließen, weil sie das Eigenthum so sehr beschränken, geht deshalb nicht an, weil man sonst noch vielmehr die Eigenthumsersitzung für unzulässig halten müßte. Zu der Ersitzung des Usufructus muß man wegen der inneren Verwandtschaft desselben mit dem Eigenthum, namentlich auch deshalb; weil der Besitz hier Detention der Sache voraussetzt, einen gerechten Titel aus denselben Gründen wie bei dem Eigenthum für nöthig erachten[602]). Die Ersitzung persönlicher Servituten wird indeß schon deshalb bei den Römern selten vorgekommen sein, weil sie in ihrer Dauer beschränkte Rechte sind; daher sie, außer in der gedachten Stelle, in den Quellen nicht weiter vorkommen. — Die oben aufgestellte Ansicht, daß zur Ersitzung der positiven Prädialservituten, welche in von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen auf einem fremden Grundstücke bestehen, fehlerfreier Quasibesitz verbunden mit bona fides genüge, ist indessen nicht von Allen angenommen. Nach einer anderen Ansicht ist ein gerechter Titel zur Servitutenersitzung nothwendig, nach einer dritten tritt an die Stelle des Titels die Wissenschaft des Eigenthümers[603]). Die scientia domini, wenn man in ihr die Einräumung einer Servitut finden wollte, würde aber keineswegs die Stelle des Titels vertreten können; vielmehr würde dann ein stillschweigender Vertrag vorliegen, wo es des Zeitablaufes zum Erwerbe der Servitut nicht bedürfte; es würde also von einer Ersitzung der Servitut auch nicht die Rede sein können. Man kann aber auch in der Wissenschaft des Eigenthümers, ohne darauf erfolgten Widerspruch, noch keine Einräumung der Servitut, keinen stillschweigenden Vertrag so unbedingt finden. Es wird dies regelmäßig der Fall sein. Allein der Eigenthümer hat zwar das Recht nicht, aber die Verbindlichkeit des Widerspruches; nur wenn letztere vorhanden

598) L. 1. C. III. 34.

599) L. 12. C. VII. 33.

600) Zimmern a. a. O. S. 112 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, S. 158.

601) Thibaut, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 329.

602) Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 157. Dagegen verlangt Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. IV, S. 494 flg. bloß fehlerfreien Besitz.

603) Vgl. über diese verschiedenen Ansichten und deren Prüfung Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 158 flg.

wäre, könnte aus seinem Stillschweigen Einwilligung in die Ausübung der Servitut und mithin ein stillschweigender Vertrag geschlossen werden. Es kommt nur auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob diese auf stillschweigende Gestattung einer Servitut zu schließen berechtigen, und wenigstens ist der Gegenbeweis, daß nach diesen Umständen kein Vertrag anzunehmen sei, nachzulassen. Die Behauptung von Gensler[604]), daß schon zehnjähriges Dulden eine Thatsache sei, welche die Einwilligung ausspreche und einem ausdrücklichen Vertrage gleichstehe, ist nicht zu rechtfertigen. Die Länge der Zeit, während welcher die Ausübung einer Servitut geduldet wird, kann zwar für Beurtheilung der Frage, ob in dem Wissen und Dulden einer Servitut deren Einräumung liege, erheblich sein, ist aber nicht das allein erhebliche Moment. Am wenigsten kann aus dem Ablaufe einer bestimmten Zeit die Einräumung einer Servitut geschlossen werden. Die Hauptstelle, aus welcher das Erforderniß der scientia domini abgeleitet wird[605]), ist ein kaiserliches Rescript, welches auf eine Anfrage einer Privatperson erlassen ist. Wahrscheinlich war in dieser Anfrage an den Kaiser des Umstandes gedacht, daß der Anfragende durch ein Grundstück des Nachbars das Wasser während der Ersitzungszeit geleitet und der Nachbar darum gewußt habe. Der Kaiser rescribirte hierauf in einer der Anfrage und den darin angeführten Thatsachen entsprechenden Weise: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Es sollte dadurch in der scientia kein nothwendiges Erforderniß der Servitutenersitzung aufgestellt werden, sondern es geschah der scientia nur darum Erwähnung, weil derselben in dem Vortrage an den Kaiser gedacht war, und es hatte dies keine andere Bedeutung, als daß die Fehlerlosigkeit des Besitzes dadurch charakterisirt werden sollte, namentlich, daß der Besitz kein heimlicher gewesen sei[606]). Wollte man etwas Anderes annehmen, so würde diese Stelle anderen ziemlich aus derselben Zeit herrührenden Stellen widersprechen, welche blos fehlerfreien Besitz für nöthig erachten[607]). Auch kann umsoweniger auf die Wissenschaft des Eigenthümers bei der Servitutenersitzung etwas ankommen, als Justinian ausdrücklich bestimmt, daß bei der Ersitzung die scientia oder ignorantia ohne Einfluß sein und dies nicht blos bei der Eigenthumsersitzung, sondern auch bei der Ersitzung des Ususfructus und der übrigen Servituten gelten soll[608]). Die Ansicht, daß zur Servituten-

---

604) Gensler, im Archiv für civil. Praxis Bd. IV, S. 99, N. 43.

605) L. 2. C. III. 34.

606) Schon Cuiacius, Recitat. ad L. 14. D. 8. 1. deutet die Worte eo sciente nur auf die Fehlerlosigkeit des Besitzes, auf die Abwesenheit der Heimlichkeit des Besitzes.

607) L. 10. pr. D. 8. 5. L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 1. C. III. 34. Vgl. Hasse a. a. O. S. 405—408. Savigny, System Bd. IV, S. 494, N. g.

608) L. 12. C. VII. 33. Vgl. Busch a. a. O. S. 422.

ersitzung iustus titulus nothwendig sei, hat besonders an Bessel einen Vertheidiger gefunden [609]). Sie ist aber von Anderen bereits so ausführlich und treffend widerlegt worden, daß es genügt, darauf zu verweisen [610]). c) Das dritte Erforderniß der Servitutenersitzung ist der Ablauf einer bestimmten Zeit. Zwar behaupten Manche, bei dieser Ersitzung komme ein bestimmter Zeitraum gar nicht vor und es hänge vielmehr von der Beurtheilung des Richters ab, ob er Unvordenklichkeit fordere oder sich mit einem sonst größeren oder geringeren Zeitraume begnügen wolle [611]). Es hängt diese Ansicht mit einer anderen zusammen und ist gewissermaßen aus ihr hervorgegangen, nach welcher bei allen Servituten, wo ein Titel fehle, vetustas nothwendig sei [612]). Die für die Meinung, daß die Servitutenersitzung keinen bestimmten Zeitraum habe, geltend gemachten Gründe sind aber zur Begründung derselben nicht ausreichend [613]). Abgesehen davon, daß schon aus allgemeinen Gründen es sehr gefährlich sein würde, die zur Ersitzung erforderliche Zeit in jedem einzelnen Falle von dem richterlichen Ermessen abhängig zu machen, so entscheidet dafür, daß schon bei den Römern vor Justinian eine bestimmte Ersitzungszeit stattgefunden habe, einmal, daß vor der lex Scribonia eine usucapio servitutis nach Analogie der Usucapion unbeweglicher Sachen in zwei Jahren eingeführt war, dann daß der bei der Ersitzung gebrauchte Ausdruck longum tempus gerade auf eine bestimmte Zeit deutet [614]), ferner daß die Servitutenersitzung schon zu den Zeiten Caracalla's mit der Ersitzung des Eigenthums

609) Bessel, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIII, S. 338 flg.

610) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 162—167. Keine Stelle erwähnt das Erforderniß des Titels. Zwar kann L. 10. pr. D. 8. 5. nicht dagegen angeführt werden, wenn darin gesagt wird, derjenige, welcher durch Ersitzung das Wasserleitungsrecht erworben habe, habe nicht nöthig docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: denn diese Worte beziehen sich darauf, daß, wer Ersitzung für sich habe, einen anderen Entstehungsgrund außer derselben nicht zu erweisen habe. Wohl aber spricht diese Stelle insofern gegen den Titel, als sie blos fehlerfreien Quasibesitz während langer Zeit zur Ersitzung verlangt. Die Worte bono initio in L. 12. C. VII. 33. gehen blos auf fehlerfreien Erwerb des Quasibesitzes. Die Auslegung, welche Bessel der L. 2. C. III. 34. giebt, um seine Ansicht daraus zu begründen, ist zu gesucht, um daraus etwas für dieselbe entnehmen zu können.

611) Zimmern a. a. O. S. 105—115, 122—125.

612) d'Avezan, Servitutum liber. P. IX. cap. 7. (in Meerman. Thes. iur. T. IV.)

613) Vgl. die ausführliche Widerlegung der Zimmern'schen Ansicht von Thibaut, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 323 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, §. 199. Siehe auch Hoffmann a. a. O. S. 169 flg. und Vangerow a. a. O. S. 700 flg., welcher auch die weitere Literatur anführt.

614) So erklärt Paulus, Sent. lib. V. tit. 5. §. 8. den Ausdruck longum tempus bei Gelegenheit des von ihm aufgestellten Satzes: res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari für einen Zeitraum von 10 Jahren inter praesentes und 20 Jahren inter absentes, exemplo longae praescriptionis.

unbeweglicher Sachen hinsichtlich der Zeit auf gleiche Linie gestellt wurde[615]); endlich, daß Justinian's Bestimmung am Schlusse der Constitution über die longi temporis praescriptio[616]) nur von der erwerbenden Ersitzung der Servituten verstanden werden kann, wie schon früher bemerkt ist. Die Ersitzungszeit ist hiernach die bei der Ersitzung des Eigenthums gewöhnliche. Daß bei Prädialservituten und bei persönlichen Servituten an Immobilien die Ersitzungszeit 10 Jahre inter praesentes oder 20 Jahre inter absentes betrage, darüber ist man einig; hinsichtlich der persönlichen Servituten an beweglichen Sachen trennen sich aber wieder die Ansichten, indem Einige auch hier dieselbe Ersitzungszeit annehmen, Andere hingegen nach Analogie der Eigenthumsersitzung bei Mobilien eine Zeit von drei Jahren für genügend halten[617]). Für das Erstere läßt sich anführen, daß Justinian in der Constitution über die longi temporis praescriptio vorher allgemein die Zeit von 10 Jahren unter Gegenwärtigen und 20 Jahren unter Abwesenden festsetzt und dann am Schlusse der Constitution sagt, dasselbe solle gelten, auch wenn nicht unbewegliche Sachen in Frage wären, sondern unkörperliche, wie der Usufructus und die übrigen Servituten, ohne zwischen den Gegenständen derselben, ob sie beweglich oder unbeweglich sind, zu unterscheiden. Dennoch halten wir das letztere für das richtigere. Justinian hat für die Eigenthumsersitzung an Mobilien dann drei Jahre festgesetzt[618]). Daß für die Ersitzung persönlicher Servituten an beweglichen Sachen ein längerer Zeitraum erforderlich gewesen sein sollte, läßt sich nicht wohl denken, da das Eigenthum das umfassendere Recht ist. Für sogenannte servitutes discontinuae nahm man in früherer Zeit nur die unvordenkliche Verjährung als zulässig an[619]). Diese Ansicht ist jetzt allgemein verworfen, mit Recht, da die Gesetze bei der Ersitzung zwischen iura continua und discontinua keinen Unterschied machen. An den Gegenständen, deren Eigenthum nur durch 30- oder 40jährigen Besitz ersessen werden kann, ist nach der herrschenden Ansicht auch Erwerb einer Servitut durch so lange dauernde Ersitzung möglich. Dagegen wird, weil die betreffende Constitution Justinian's[620]) nur von Eigenthumsersitzung von 30 und 40 Jahren handelt, von Manchen eine analoge Ausdehnung derselben auf Ser-

---

615) L. 2. C. III. 34.: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.

616) L. 12. C. VII. 33.

617) Letzterer Ansicht ist z. B. Hoffmann a. a. O. S. 174 flg.

618) L. un. C. VII. 31. Ob diese Verordnung älter oder jünger ist als L. 12. C. VII. 33. läßt sich bei der der letzteren abgehenden subscriptio nicht beurtheilen. Die inscriptio, die in beiden den prätorischen Präfecten Johannes als denjenigen nennt, an welchen dieselben gerichtet sind, giebt kein Licht über die Zeitfolge.

619) Man berief sich deshalb hauptsächlich auf L. 1. §. 23. D. 39. 3. Vgl. besonders gegen diese Ansicht Savigny, System Bd. IV, S. 495—503.

620) L. 8. C. VII. 39.

ersitzung iustus titulus nothwendig sei, hat besonders an Bessel einen Vertheidiger gefunden[609]). Sie ist aber von Anderen bereits so ausführlich und treffend widerlegt worden, daß es genügt, darauf zu verweisen[610]). c) Das dritte Erforderniß der Servitutenersitzung ist der Ablauf einer bestimmten Zeit. Zwar behaupten Manche, bei dieser Ersitzung komme ein bestimmter Zeitraum gar nicht vor und es hänge vielmehr von der Beurtheilung des Richters ab, ob er Unvordenklichkeit fordere oder sich mit einem sonst größeren oder geringeren Zeitraume begnügen wolle[611]). Es hängt diese Ansicht mit einer anderen zusammen und ist gewissermaßen aus ihr hervorgegangen, nach welcher bei allen Servituten, wo ein Titel fehle, vetustas nothwendig sei[612]). Die für die Meinung, daß die Servitutenersitzung keinen bestimmten Zeitraum habe, geltend gemachten Gründe sind aber zur Begründung derselben nicht ausreichend[613]). Abgesehen davon, daß schon aus allgemeinen Gründen es sehr gefährlich sein würde, die zur Ersitzung erforderliche Zeit in jedem einzelnen Falle von dem richterlichen Ermessen abhängig zu machen, so entscheidet dafür, daß schon bei den Römern vor Justinian eine bestimmte Ersitzungszeit stattgefunden habe, einmal, daß vor der lex Scribonia eine usucapio servitutis nach Analogie der Usucapion unbeweglicher Sachen in zwei Jahren eingeführt war, dann daß der bei der Ersitzung gebrauchte Ausdruck longum tempus gerade auf eine bestimmte Zeit deutet[614]), ferner daß die Servitutenersitzung schon zu den Zeiten Caracalla's mit der Ersitzung des Eigenthums

---

609) Bessel, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIII, S. 338 flg.

610) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 162—167. Keine Stelle erwähnt das Erforderniß des Titels. Zwar kann L. 10. pr. D. 8. 5. nicht dagegen angeführt werden, wenn darin gesagt wird, derjenige, welcher durch Ersitzung das Wasserleitungsrecht erworben habe, habe nicht nöthig docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: denn diese Worte beziehen sich darauf, daß, wer Ersitzung für sich habe, einen anderen Entstehungsgrund außer derselben nicht zu erweisen habe. Wohl aber spricht diese Stelle insofern gegen den Titel, als sie blos fehlerfreien Quasibesitz während langer Zeit zur Ersitzung verlangt. Die Worte bono initio in L. 12. C. VII. 33. gehen blos auf fehlerfreien Erwerb des Quasibesitzes. Die Auslegung, welche Bessel der L. 2. C. III. 34. giebt, um seine Ansicht daraus zu begründen, ist zu gesucht, um daraus etwas für dieselbe entnehmen zu können.

611) Zimmern a. a. O. S. 105—115, 122—125.

612) d'Avezan, Servitutum liber. P. IX. cap. 7. (in Meerman. Thes. iur. T. IV.)

613) Vgl. die ausführliche Widerlegung der Zimmern'schen Ansicht von Thibaut, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 323 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, §. 199. Siehe auch Hoffmann a. a. O. S. 169 flg. und Vangerow a. a. O. S. 700 flg., welcher auch die weitere Literatur anführt.

614) So erklärt Paulus, Sent. lib. V. tit. 5. §. 8. den Ausdruck longum tempus bei Gelegenheit des von ihm aufgestellten Satzes: res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari für einen Zeitraum von 10 Jahren inter praesentes und 20 Jahren inter absentes, exemplo longae praescriptionis.

unbeweglicher Sachen hinsichtlich der Zeit auf gleiche Linie gestellt wurde[615]); endlich, daß Justinian's Bestimmung am Schlusse der Constitution über die longi temporis praescriptio[616]) nur von der erwerbenden Ersitzung der Servituten verstanden werden kann, wie schon früher bemerkt ist. Die Ersitzungszeit ist hiernach die bei der Ersitzung des Eigenthums gewöhnliche. Daß bei Prädialservituten und bei persönlichen Servituten an Immobilien die Ersitzungszeit 10 Jahre inter praesentes oder 20 Jahre inter absentes betrage, darüber ist man einig; hinsichtlich der persönlichen Servituten an beweglichen Sachen trennen sich aber wieder die Ansichten, indem Einige auch hier dieselbe Ersitzungszeit annehmen, Andere hingegen nach Analogie der Eigenthumsersitzung bei Mobilien eine Zeit von drei Jahren für genügend halten[617]). Für das Erstere läßt sich anführen, daß Justinian in der Constitution über die longi temporis praescriptio vorher allgemein die Zeit von 10 Jahren unter Gegenwärtigen und 20 Jahren unter Abwesenden festsetzt und dann am Schlusse der Constitution sagt, dasselbe solle gelten, auch wenn nicht unbewegliche Sachen in Frage wären, sondern unkörperliche, wie der Ususfructus und die übrigen Servituten, ohne zwischen den Gegenständen derselben, ob sie beweglich oder unbeweglich sind, zu unterscheiden. Dennoch halten wir das letztere für das richtigere. Justinian hat für die Eigenthumsersitzung an Mobilien dann drei Jahre festgesetzt[618]). Daß für die Ersitzung persönlicher Servituten an beweglichen Sachen ein längerer Zeitraum erforderlich gewesen sein sollte, läßt sich nicht wohl denken, da das Eigenthum das umfassendere Recht ist. Für sogenannte servitutes discontinuae nahm man in früherer Zeit nur die unvordenkliche Verjährung als zulässig an[619]). Diese Ansicht ist jetzt allgemein verworfen, mit Recht, da die Gesetze bei der Ersitzung zwischen iura continua und discontinua keinen Unterschied machen. An den Gegenständen, deren Eigenthum nur durch 30- oder 40jährigen Besitz ersessen werden kann, ist nach der herrschenden Ansicht auch Erwerb einer Servitut durch so lange dauernde Ersitzung möglich. Dagegen wird, weil die betreffende Constitution Justinian's[620]) nur von Eigenthumsersitzung von 30 und 40 Jahren handelt, von Manchen eine analoge Ausdehnung derselben auf Ser-

---

615) L. 2. C. III. 34.: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.

616) L. 12. C. VII. 33.

617) Letzterer Ansicht ist z. B. Hoffmann a. a. O. S. 174 flg.

618) L. un. C. VII. 31. Ob diese Verordnung älter oder jünger ist als L. 12. C. VII. 33. läßt sich bei der der letzteren abgehenden subscriptio nicht beurtheilen. Die inscriptio, die in beiden den prätorischen Präfecten Johannes als denjenigen nennt, an welchen dieselben gerichtet sind, giebt kein Licht über die Zeitfolge.

619) Man berief sich deshalb hauptsächlich auf L. 1. §. 23. D. 39. 3. Vgl. besonders gegen diese Ansicht Savigny, System Bd. IV, S. 495—503.

620) L. 8. C. VII. 39.

vituten für unzulässig gehalten und demnach das Dasein der sog. außerordentlichen Servitutenersitzung in Abrede gestellt[621]). Die herrschende Ansicht verdient aber schon deshalb den Vorzug, weil ohne sie eine bedenkliche Lücke im Rechte wäre und demnach an allen der außerordentlichen Ersitzung unterliegenden Sachen keine Servitut durch Verjährung, als höchstens durch unvordenkliche, erworben werden könnte. Wenn die außerordentliche Servitutenersitzung aber auch nicht aus dem römischen Rechte abgeleitet werden könnte, so müßte sie doch wenigstens als eine durch Gewohnheitsrecht erfolgte weitere Fortbildung des römischen Rechtes betrachtet werden und ist daher wohl begründet[622]). Den Unterschied zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Servitutenersitzung muß man übrigens nicht darin suchen, daß der Ersitzende bei letzterer von der Nachweisung der äußeren Offenkundigkeit und Friedfertigkeit der Servitutausübung befreit wäre[623]). Die Berechnung der Ersitzungszeit geschieht nach den Grundsätzen der ordentlichen Ersitzung[624]). In den Ländern sächsischen Rechtes ist der Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Servitutenersitzung unbekannt, indem dieselbe unter allen Umständen für iura continua und discontinua einen Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen verlangt[625]). Nur zum Erwerbe von Servituten an Immobilien des Fiscus, der Kirchen und milden Stiftungen verlangt die sächsische Praxis die Ersitzung von 40 Jahren. Inwieweit unvordenkliche Verjährung bei Servituten stattfinde, ist bestritten. Während Manche, wie erwähnt, sie für die allein zulässige Verjährungsart bei den Servituten oder wenigstens bei gewissen Arten derselben, namentlich bei den servitutes discontinuae, halten, sehen sie Andere, sobald man die außerordentliche Ersitzung zuläßt, für unanwendbar, wenigstens für entbehrlich an[626]). Nach römischem Rechte ist wohl die von Savigny[627]) aufgestellte Ansicht, daß die unvordenkliche Verjährung ein lediglich publicistisches Institut sei, die richtige. Wenn aber Savigny auch nach der weiteren Ausbildung im kanonischen Rechte und in den Reichsgesetzen dieses Institut lediglich da für anwendbar erklärt, wo durch Zeit entweder ein

---

621) Vangerow a. a. O. S. 703. Hoffmann a. a. O. S. 173 flg.

622) Unterholzner a. a. O. Bd. II, §. 203, 208. Sintenis, Civilr. Bd. 1, §. 64, N. 44, S. 588.

623) Wie Hoffmann a. a. O. S. 174 thut, wenn man die außerordentliche Ersitzung der Servituten statuiren wolle.

624) Unterholzner a. a. O. §. 214, vgl. mit Th. I, §. 90. Es kommt auch hier bei Prädialservituten accessio possessionum vor; wenigstens wird ihre Anwendung dadurch gerechtfertigt, daß sie bei den quasipossessorischen Interdicten sich vorfindet. Hoffmann a. a. O. S. 172.

625) Haubold, Lehrbuch des kgl. sächs. Privatr. §. 191. Heimbach, Lehrbuch des partik. Privatr. §. 191.

626) Unterholzner a. a. O. Bd. II, §. 142. Siehe dagegen Schelling, Lehre von der unvordenklichen Zeit (München 1835) S. 10 flg.

627) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. IV, §. 195—197, S. 480—505.

Recht von öffentlichem Charakter oder die Befreiung Einzelner von diesem Rechte erworben werden soll, so ist dagegen zu erwägen, daß in der älteren Zeit die Gebiete des öffentlichen und Privatrechtes nicht so streng geschieden waren wie heutzutage und sehr in einander verschwammen. Es ist daher die Erscheinung, daß das Institut der unvordenklichen Verjährung, z. B. in den Reichsgesetzen auf nach unseren Ansichten dem öffentlichen Rechte angehörige Verhältnisse beschränkt erscheint, kein Grund, es von dem Gebiete des Privatrechtes ganz auszuschließen. Auch kann es auf letzterem Gebiete nicht für ganz entbehrlich gehalten werden; denn es ist möglich, daß zwar unvordenkliche Verjährung, nicht aber im concreten Falle alle Erfordernisse der bestimmten Verjährung erweislich sind. Man muß sie also auch bei Servituten zulassen[628]. d) Die Unterbrechung der Ersitzung erfolgt, wie bei dem Eigenthum[629], wenn eine Voraussetzung dazu wegfällt. Namentlich bewirkt das Aufhören des Servitutenbesitzes eine Unterbrechung, schon der Natur der Sache nach. Bei den persönlichen Servituten geht der Quasibesitz auf dieselbe Weise verloren, wie der wahre Besitz[630]. Es tritt aber bei ihnen das Eigenthümliche ein, daß, während sonst zur Erhaltung des Besitzes nur die ununterbrochene Möglichkeit gehört, die ursprüngliche Herrschaft zu reproduciren, nicht aber, sie durch den Gebrauch auszuüben, hier ein Verlust durch bloße Nichtausübung nach Ablauf einer bestimmten Zeit möglich ist. Nach Savigny[631] bleibt der Besitz während des bloßen Nichtgebrauches, ohne daß eine fremde Occupation stattfindet, in suspenso, so daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauches oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt, ob der Besitz in der ganzen Zwischenzeit dagewesen ist oder nicht; durch kurzen Nichtgebrauch geht nach ihm der Besitz nicht verloren, weil sonst weder Erhaltung des Besitzes, noch insbesondre Ersitzung möglich sein würde. Im Zusammenhange damit ist mit Unterholzner[632] anzunehmen, daß, wenn es auf die Ersitzung ankommt, der Besitz als fortdauernd gelten müsse, wenn die Unterbrechungen der Ausübung nur gewöhnliche, kurze Zeit dauernde sind, aber bei ungewöhnlich langen Unterbrechungen der Ausübung unterbrochen werde[633]. Bei Prädialservituten, welche in Vornahme von Handlungen von Zeit zu Zeit auf dem fremden Grundstücke bestehen, ist der Quasibesitz als so lange fortdauernd zu betrachten, als die Möglichkeit dazu ununterbrochen vorhanden ist und nicht ungewöhnlich lange Pausen der Nicht-

628) Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 175 flg.

629) Unterholzner a. a. O. §. 214. Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 30 flg.

630) Siehe den Art. Besitz Bd. II, S. 71.

631) Savigny, Recht des Besitzes S. 577 flg., 6. Ausg.

632) Unterholzner a. a. O. §. 214, S. 187 flg.

633) Savigny hat dies auch als richtig zugegeben, mit dem Zusatze, daß hier freilich ein sehr freies Ermessen des Richters unvermeidlich sei.

ausübung eintreten. Es gilt hier im Einzelnen dasselbe, wie von persönlichen Servituten, so daß also der Besitz auf dieselbe Weise durch non usus verloren geht[634]). Uebrigens bringt es der Zusammenhang der rechtlichen Grundsätze mit sich, daß der Ersitzungsbesitz dann unterbrochen wird, wenn der Besitz des herrschenden Grundstückes verloren geht, nur daß im Falle einer rechtlichen Uebertragung wieder eine Zusammenrechnung stattfinden muß. Bei den Gebäudeservituten wird der Besitz durch ein solches nicht blos vorübergehendes Ereigniß unterbrochen, wodurch der für das Bestehen und die Ausübung der Servitut als solcher nothwendige Zustand in der Art geändert wird, daß eine fernere Ausübung unmöglich ist, geschehe dies nun auf oder an dem vermeintlich dienenden oder dem herrschenden oder einem zwischen beiden liegenden Grundstücke[635]). Da bei diesen Servituten der fortdauernde Besitz des herrschenden Grundstückes in der Regel ein fortdauernder Besitz des daran geknüpften Dienstbarkeitsrechtes ist[636]), so muß der Quasibesitz der Servitut mit dem Verluste des herrschenden Grundstückes selbst verloren gehen; hat aber eine Besitzübertragung stattgefunden, so sind die bei der Eigenthumsersitzung geltenden Grundsätze über die Anrechnung des Besitzes anzuwenden. Unserer Ansicht nach müssen den Gebäudeservituten auch die zu den Rusticalservituten gerechneten Servituten hier gleichstehen, zu deren Ausübung eine künstliche Vorrichtung oder Anstalt auf dem dienenden Grundstücke nöthig ist, wie es z. B. bei der Wasserleitungsdienstbarkeit häufig der Fall ist. Denn ist eine solche Anstalt vorhanden und das Wasser aqua perennis, welches nicht blos zu bestimmten Jahreszeiten, sondern ununterbrochen abgeleitet wird, so ist der Verlust des Quasibesitzes ebenfalls nicht anders denkbar, als durch ein der Ausübung der Servitut entgegengesetztes Hinderniß. Außer dem Aufhören des Quasibesitzes wird die Servitutenersitzung auch dadurch unterbrochen, wenn der Quasibesitz ein unredlicher zu sein anfängt, wenigstens nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes. Verwandelt sich der Besitz in einen fehlerhaften, so tritt schon nach römischem Rechte Unterbrechung ein. Die bei dem interdictum quod vi aut clam geltende Bestimmung, daß ein gewaltsames Beginnen (vi facere) schon darin liegt, wenn einem entschiedenen Widerspruche, geschehe dieser sinnbildlich (iactu lapilli) oder durch Einspruch (testatione denunciationeque), entgegengehandelt wird[637]), ist ebenfalls auf die Servitutenersitzung anzuwenden, so daß es bei solchen Servituten, die keinen ein für allemal begründeten Besitz zulassen, der Anstellung einer Negatorienklage oder des interdictum uti possidetis zur Unterbrechung der Ersitzung gar nicht erst bedarf, obgleich auch diesen Rechtsmitteln

634) Savigny a. a. O. S. 386. Unterholzner a. a. O. S. 185 flg.
635) Unterholzner a. a. O. S. 183 flg. Sintenis, Civilr. Bd. I, S. 589.
636) L. 20. pr. D. 8. 2.
637) L. 1. §. 5—7. D. 43. 24.

die Kraft, zu unterbrechen, nicht abzusprechen ist[638]). Eigenthümlich manchen Partikularrechten, namentlich denen der Länder sächsischen Rechtes, ist als Mittel zur Unterbrechung der Ersitzung die Pfändung[639]). e) Der Beweis der Ersitzung der Servituten richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln. Die Meinung, daß der Ersitzende auch den Mangel der Besitzfehler beweisen müsse, wird zwar auf eine römische Gesetzstelle gegründet[640]); allein es ist darin, wie in anderen ähnlichen Stellen, nur gesagt, wie die Besitzhandlungen nicht beschaffen sein dürfen, welche zur Ersitzung gebraucht werden; keineswegs hat dadurch der Beweis negativer Eigenschaften dem Ersitzenden aufgebürdet werden sollen. Es genügt demnach der Beweis von Besitzhandlungen, welche sich weder als gewaltsame, noch heimliche, noch precario unternommene darstellen, und es ist Sache des Gegners darzuthun, daß die Besitzhandlungen fehlerhaft seien. Würde sich freilich aus der eigenen Beweisführung des Ersitzenden herausstellen, daß die Besitzhandlungen an diesen Fehlern leiden, so wäre der Beweis von vornherein verfehlt[641]). Ist der Zustand des Quasibesitzes ein ununterbrochener, wie bei den persönlichen Servituten, den Gebäudeservituten und denjenigen ländlichen Servituten, welche zu ihrer Ausübung eine dauernde Anstalt voraussetzen, wie es bei der Wasserleitungsgerechtigkeit nach dem Obigen häufig der Fall ist, so genügt, wie bei der Eigenthumsersitzung, der Beweis, daß dieser Zustand zu Anfang und zu Ende des erforderlichen Zeitraums so existirt habe; für die Zwischenzeit wird die Fortdauer dieses Zustandes bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet. Bei denjenigen Servituten hingegen, welche in Handlungen bestehen, welche von Zeit zu Zeit auf einem fremden Grundstücke vorgenommen werden, wo also eine fortwährende Tag und Nacht fortgesetzte Ausübung der Natur der Sache nach unmöglich ist (sog. servitutes discontinuae), wozu die meisten der im römischen Rechte aufgeführten servitutes praediorum rusticorum gehören, ist die Sache sehr bestritten[642]). Wir können weder die Ansicht

---

638) Unterholzner a. a. O. §. 215, S. 188 flg.

639) Const. elect. Saxon. 7. P. II. Haubold a. a. O. §. 166. Heimbach a. a. O. §. 174.

640) L. 10. pr. D. 8. 5. Es ist dies die Ansicht von Seckendorf, im Archiv für civil. Praxis Bd. IV, S. 89 flg.

641) Unterholzner a. a. O. §. 216, S. 189 flg. Hasse a. a. O. S. 413 flg.

642) Die Meisten drücken sich unbestimmt aus, indem sie Ausübung der Servitut und Ablauf der Verjährungszeit verlangen. Schweppe, römisches Privatrecht §. 305, verlangt bei den iura praediorum rusticorum mehr als einmalige Ausübung der Servitut, überläßt das Nähere dem Ermessen des Richters, hält aber den Nachweis von drei Besitzacten im allgemeinen für genügend. Unterholzner a. a. O. §. 216, S. 185 flg. fordert fortgesetzte Ausübung der Servitut zur Ersitzung und mithin auch deren Beweis, hält es aber für unschädlich, wenn eine zur Ausübung sich darbietende Gelegenheit irgend einmal ungenutzt geblieben ist. Hasse a. a. O. S. 408 flg. verlangt bei servitutes

billigen, daß nur der Erwerb des Quasibesitzes nachzuweisen und, wenn er erwiesen ist, dessen Fortdauer bis zum Beweise der Unterbrechung zu vermuthen sei, noch die, daß der Beweis dreier Besitzhandlungen, einer zu Anfange, der zweiten während des Laufes, der dritten zu Ende der Ersitzungszeit, genüge, noch die, welche sich mit dem Nachweise zweier Besitzhandlungen, der ersten zu Anfange, der zweiten zu Ende der Ersitzungszeit, begnügt. Mit Recht macht Busch[643]) auf das in den Quellen hinreichend angedeutete, aber von den Juristen nicht gehörig hervorgehobene Erforderniß einer vielfältigen, die Verjährungszeit hindurch sich erstreckenden Ausübung der als Servitut in Anspruch genommenen Befugniß aufmerksam, so daß dieselbe als ein diuturnus usus, als eine longa consuetudo, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longi temporis consuetudo sich darstellt. Dann, wenn ein solcher Zustand existirt, aber auch nur dann, wenn er vor-

---

discontinuae wiederholte Ausübung während der Verjährungszeit, und bei der Wegeservitut, die er indessen blos als Beispiel anführt, wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre, während er die Ausübung an 30 Tagen im letzten Jahre blos auf das interdictum de itinere actuque privato beschränkt; ohne eine Wiederholung lasse sich eine Ununterbrochenheit des Quasibesitzes, d. h. daß der Ersitzende immer das Recht, nämlich dessen Ausübung in seiner Macht behalten habe, nicht erkennen. Der Ansicht von Hasse tritt Hoffmann in seinen und Fuhr, civil. Versuchen S. 17 bei; er verlangt bei den ländlichen Servituten die Vornahme der entsprechenden Handlungen zu gewissen Zeiten des Jahres, überläßt die Entscheidung der Frage, wie oft dieses geschehen müsse, dem richterlichen Ermessen, weicht aber darin von Hasse ab, daß er bei der Wegegerechtigkeit die Ausübung an wenigstens 30 Tagen im Jahre nicht blos auf das Interdict beschränkt. Einert, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung im Königreiche Sachsen N. F. Bd. II, S. 4 flg. verlangt für iura discontinua den Beweis, daß während der Verjährungszeit und darüber das Recht in der behaupteten Maße immer und fortgesetzt geübt worden sei und überläßt die nähere Beurtheilung der Frage, ob diese immerwährende und fortgesetzte Ausübung stattgefunden habe, dem richterlichen Ermessen. Er verlangt aber hierbei nicht, daß das behauptete Recht gerade in jedem Jahre geübt sein müsse, sondern will sogar einzelne Jahre, in denen es nicht ausgeübt worden ist, bei Berechnung der Verjährungszeit darum mitgezählt wissen, weil selbst unter Voraussetzung der einzelnen Pausen dennoch der Besitz des Geistes, possessio animi, die fortgesetzte voluntas possidendi als vorhanden und der Quasibesitz sonach als fortdauernd angesehen werden müsse. Pernitzsch, in derselben Zeitschrift N. F. Bd. III, S. 505 flg., begnügt sich bei dem Verjährungsbeweise mit dem Beweise des Erwerbes des Quasibesitzes und will, wenn der Erwerb bewiesen ist, die Fortsetzung des Quasibesitzes so lange vermuthet wissen, bis eine Unterbrechung bewiesen worden sei. Er stützt dies darauf, daß der Besitzer eines Rechtes nicht schon durch Nichtausübung an sich, sondern nach Analogie des Besitzes körperlicher Sachen erst durch den entgegengesetzten animus oder die entgegengesetzte Handlung verloren gehe und daß mithin die Unterlassung von Besitzhandlungen den Verlust des Besitzes zwar zur Folge haben könne, aber nur nicht an sich, sondern erst dann, wenn, und deshalb, weil der Besitzer dadurch die Absicht, seinen Besitz aufzugeben, stillschweigend zu erkennen gab. Vgl. die Darstellung dieser verschiedenen Ansichten und deren Kritik bei Busch, im Archiv für civil. Praxis Bd. 31, S. 256 flg.

643) Busch a. a. O. S. 260 flg.

handen ist, soll nach den Quellen eine utilis actio confessoria stattfinden. Schon nach der Natur der Sache können die Römer den durch eine einzige Handlung zu bewerkstelligenden Erwerb des Quasibesitzes nicht mit longa consuetudo und diuturnus usus identisch genommen haben; beide Ausdrücke weisen deutlich genug auf häufig vorgenommene Handlungen, auf solche, die dem Handelnden gewissermaßen zur Gewohnheit geworden sind, hin. Die Römer verlangen außer dem Erwerbe des Quasibesitzes eine recht häufige Ausübung desselben und zwar eine solche, daß aus ihr eine longa consuetudo, ein diuturnus usus zu entnehmen ist, was zu beurtheilen Sache des richterlichen Ermessens ist. Die Ersitzung wird von den Römern hauptsächlich auf den Grund einer langen, immer aber mit der Absicht zu besitzen, verbundenen thatsächlichen Ausübung, welche sie usus nennen, gestützt[644]). Hiernach ist die Ansicht, daß eine oder auch zwei oder drei Besitzhandlungen zur Ersitzung genügen, unrichtig[645]). Ebensowenig läßt sich eine einmalige Ausübung in jedem Jahre verlangen, bezüglich für hinreichend halten[646]), da nach der Verschiedenheit der einzelnen Rechte, welche als Servituten beansprucht werden, bei manchen eine solche nicht zureichen wird, um einen diuturnus usus, einen einer longa consuetudo ähnlichen Zustand annehmen zu können, bei manchen aber auch nicht dazu erforderlich sein wird. Es läßt sich als leitender Grundsatz nur der aufstellen, daß eine so häufige Ausübung der Servitut als Recht die Verjährungszeit hindurch erforderlich sei, daß dieselbe auf überzeugende Weise das Bild eines

---

644) L. 3. §. 3. D. 43. 19.: Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute etc. L. 1. §. 23. D. 39. 3.: Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute etc. habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur. L. 10. pr. D. 8. 5. In letzterer Stelle diuturnus usus für eine factische Ausübung mit Pernitzsch zu nehmen und dadurch ebenfalls von der dort gedachten quasi possessio, dem juristischen cum animo domini verbundenen Besitze zu scheiden, ist unzulässig, da, wenn auch usus die rein factische Ausübung bezeichnen kann, doch das uti servitute immer die Ausübung als Recht bezeichnet. L. 25. D. 8. 6. L. 1. §. 6. D. 43. 19. Unnöthig scheint die Erklärung von Busch a. a. O. S. 263, welcher den diuturnus usus auf die Fortsetzung eines schon bestehenden Quasibesitzes, longa quasi possessio auf die langjährige Uebung eines von dem Berechtigten erst erworbenen Quasibesitzes bezieht. Beide Ausdrücke sind in jener Stelle gleichbedeutend und bezeichnen lange fortgesetzten Quasibesitz.

645) Die Meinung von den drei Besitzhandlungen ist vorzugsweise die sächsischer Juristen und hat ihren Grund darin, daß mehrere sächsische Proceßgesetze zur Anstellung des possessorium summariissimum bei servitutes discontinuae von Seiten des Klägers das Beibringen eines einjährigen Besitzstandes und drei ruhiger Besitzhandlungen verlangen. Kgl. sächs. erläuterte P. O. Anhang §. 19. Altenb. P. O. P. II. Cap. 3, §. 7. Goth. P. O. P. II. Cap. 4, §. 7. Sondersh. Ges. v. 20. Febr. 1834 §. 185—189.

646) Dieser Meinung ist außer Hasse auch Kori, in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. II, S. 321 flg.

diuturnus usus, einer longa consuetudo in dem Richter hervorrufe[647]). Nähere Bestimmungen sind nicht möglich und deshalb fehlen auch solche in den Quellen. Noch theilen sich die Meinungen darin, daß Einige, weil die Unterbrechung die Verjährung aufhebt, den Beweis der während der Verjährungszeit so oft erfolgten Ausübung der Servitut verlangen, daß der zwischen den einzelnen Ausübungen liegende Zeitraum nicht als eine Unterbrechung des Besitzes erscheine[648]), während Andere vielmehr dem Gegner des Ersitzenden den Beweis aufbürden, daß die in der Ausübung vorgekommenen längeren oder kürzeren Pausen sich als Unterbrechung der Ersitzung darstellen, wobei sie davon ausgehen, daß selbst ungewöhnlich lange Pausen in der Ausübung, zumal wenn sie der Gegner nicht als Unterbrechung anspricht und diese ihre Eigenschaft nicht beweist, nicht so ohne weiteres als Unterbrechung angesehen werden könnten[649]). Beide Ansichten stimmen darin überein, daß eine häufige Ausübung der Servitut nachzuweisen sei, die erste, um das Erforderniß der continua possessio bei der Ersitzung herzustellen, die zweite, um dem Richter die Ueberzeugung von einem diuturnus usus zu verschaffen. Ungewöhnlich lange Pausen in der Ausübung können auch nach der zweiten Ansicht zu dem Resultate führen, daß der Richter gar nicht zu der Ueberzeugung gelangt, es sei ein diuturnus usus anzunehmen. Es scheint mithin auch sehr natürlich, daß der Ersitzende bei solchen langen Pausen der Ausübung auch zugleich die Gründe angiebt und beweist, aus denen hervorgeht, daß er durch die lange unterlassene Ausübung den einmal erworbenen Quasibesitz nicht habe aufgeben wollen. Der Grund, daß zur Erhaltung des Besitzes die Möglichkeit genüge, ihn willkürlich zu reproduciren, beweist zu viel; denn dadurch würde sich auch die Ansicht rechtfertigen lassen, daß nur zwei Besitzhandlungen nothwendig wären, die eine zum Anfange, die andere zum Ende der Verjährungszeit, und ist auch dadurch zu rechtfertigen versucht worden.

4) Durch **Gesetz** entsteht in manchen Fällen die Servitut des Nießbrauches, welche Fälle der Lehre von der väterlichen Gewalt und der Ehe angehören[650]). Der Nießbrauch steht vermöge des Gesetzes zu, theils an Vermögensstücken der Kinder (Adventitien) dem Vater, unter Umständen auch der Mutter, und zwar von der Zeit an, wo solche den Kindern erworben worden sind theils an den Vermögensstücken, welche ein Ehegatte vom anderen, der Ehe halber erworben hat, entweder gleich anfangs so, daß er nur den Nießbrauch hat oder so, daß er durch Wiederverehelichung die Proprietät wieder an die mit jenem erzeugten

647) **Einert** a. a. O. **Busch** a. a. O. S. 265.

648) **Unterholzner** a. a. O. §. 216, S. 191. **Sintenis**, Civilrecht Bd. I, S. 589.

649) **Busch** a. a. O. S. 265—267.

650) L. 3. 4. 6. C. VI. 61. L. 1. 3. C. VI. 60. Nov. 117. cap. 8. 9. L. 11. §. 1. C. V. 17. L. 3. pr. L. 6. §. 1. C. V. 9.

Kinder verliert. Auch gehört hierher noch ein Fall aus dem gesetzlichen Erbrechte der armen Witwe[651]). Es giebt auch Fälle des gesetzlichen Nießbrauches nach dem teutschen Rechte. Zwar kann das bei ehelicher Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten dem überlebenden Theile zustehende Recht an dem mit den Kindern aus der Ehe in Gemeinschaft besessenen vereinigten Vermögen beider Ehegatten nicht wohl aus dem Gesichtspunkte eines bloßen gesetzlichen Nießbrauches aufgefaßt werden, obwohl es häufig in Partikularrechten und Statuten von den romanisirenden Verfassern derselben so aufgefaßt worden ist; vielmehr ist hier regelmäßig der Gesichtspunkt der fortgesetzten Gütergemeinschaft maßgebend. Dagegen hat sich, namentlich in den Ländern sächsischen Rechtes, aber auch noch in anderen teutschen Ländern, aus der mittelalterlichen Gewere des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau im Laufe der Zeit das gesetzliche Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Ehemannes an dem eingebrachten Vermögen der Ehefrau (ususfructus maritalis) herausgebildet. Häufig ist auch in Partikularrechten der Mutter der gesetzliche Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder eingeräumt worden, und dies beruht sehr häufig auf der Ansicht einer Fortsetzung des zwischen den Ehegatten bestehenden Güterverhältnisses nach dem Tode des einen Ehegatten zwischen dem überlebenden Theile und den in der Were befindlichen Kindern[652]).

D. Erlöschung der Servituten[653]). I. Im allgemeinen. Die Servituten, als das Eigenthum einer Sache beschränkende Rechte, erlöschen entweder 1) durch den Untergang des Gegenstandes, an welchem die Servitut besteht, oder 2) durch den Untergang der Beschränkung, d. h. dadurch, daß das beschränkte Eigenthum unbeschränkt wird. Das letztere kann der Fall sein entweder a) vermöge der gleich vom Anfange an der Dauer des Servitutrechtes gezogenen Grenze und Schranke, durch den Eintritt des begrenzenden Momentes. Diese Grenze kann liegen aa) in der allgemeinen Natur der Servituten, kraft welcher sie an das berechtigte Subject geknüpft sind, daher Personalservituten mit dem natürlichen oder bürgerlichen Tode der berechtigten Person, Prädialservituten mit dem Untergange des berechtigten Grundstückes untergehen. Die Grenze kann aber auch liegen bb) in der besonderen Entstehungsart der fraglichen Servitut, und zwar entweder α) in dem beschränkten Rechte des Ertheilers, daher mit dem Erlöschen seines Rechtes auch die von ihm eingeräumte Servitut aufhört, oder β) in den beschränkenden Bestimmungen der Bestellung einer Servitut durch Zeitbestimmung und Bedingung, wonach die Servituten durch Eintritt der Bedingung oder der Zeit erlöschen. b) Das durch die

651) Nov. 117. cap. 5.

652) So ist es z. B. in mehreren Ländern sächsischen Rechtes. Vgl. Heimbach, partik. Privatr. §. 108, 109.

653) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 177—224.

Servitut beschränkte Eigenthum kann aber auch durch bestimmte, von der beschränkenden Eigenschaft des Servitutrechtes unabhängige Ereignisse, welche das Bestehen des beschränkten und beschränkenden Rechtes nebeneinander aufhoben, unbeschränkt werden. Diese Ereignisse bestehen entweder aa) in Aufhebung der Verschiedenheit derjenigen Personen, welchen das beschränkte und das beschränkende Recht zusteht, als der Bedingung der fortdauernden Existenz einer Servitut, als beschränkendes Recht. Servituten erlöschen durch Confusion, welche bei persönlichen Servituten dadurch eintritt, daß der Servitutberechtigte Eigenthümer des Gegenstandes des Servitutrechtes wird, bei Prädialservituten dadurch, daß das herrschende und dienende Grundstück denselben Eigenthümer bekommen, sei es, daß der Eigenthümer des einen Grundstückes das des anderen dazu erwirbt oder daß ein Dritter die beiden Grundstücke von deren Eigenthümern zugleich eigenthümlich erwirbt. Die oben gedachten Ereignisse können aber auch bb) unmittelbar auf die Aufhebung des beschränkenden Rechtes als solchen gerichtet sein. Sie beruhen entweder in dem einseitigen Willen des Servitutberechtigten oder des Eigenthümers oder in dem vereinigten Willen beider. Auf dem Willen des Servitutberechtigten allein beruht die Aufhebung der Servituten durch Nichtgebrauch, wozu freilich noch Ablauf der gesetzlichen Zeit kommen muß. Auf dem Willen des Eigenthümers der dienstbaren Sache allein beruht die Ersitzung der Freiheit (usucapio libertatis), wozu ebenfalls Ablauf der gesetzlichen Zeit hinzutreten muß; auf dem vereinigten Willen beider, des Servitutberechtigten und des Eigenthümers der dienstbaren Sache, beruht der Untergang der Servituten durch Remission. Der Verlust durch Nichtgebrauch und die Ersitzung der Freiheit sind zusammen unter dem Gesichtspunkte der Verjährung zu behandeln. Einige dieser Erlöschungsarten sind den persönlichen und Prädialservituten gemein, andere sind jeder dieser Arten eigenthümlich.

II. Einzelne Erlöschungsgründe. 1) Gemeinschaftliche. a) Untergang des Gegenstandes. Der Usufructus sowohl als die übrigen persönlichen Servituten erlöschen durch den Untergang des physischen Bestandes der Sache sowie durch die dauernde Vernichtung der Bestimmung des Gegenstandes, durch die Aufhebung der Substanz[654]). Die Veränderung der dauernden Bestimmung einer Sache kann entweder in natürlichen Ursachen oder in menschlicher Thätigkeit ihren Grund haben. Im ersten hängt die Frage, ob die Veränderung als eine dauernde anzusehen sei oder nicht, von den erkennbaren Naturgesetzen ab. Im zweiten Falle wird, ob die Veränderung eine dauernde sein soll, zuvörderst durch die der menschlichen Thätigkeit unterliegenden Zwecke bestimmt, welche Zwecke jedoch vielfach durch die

---

654) Diese Aufhebung der Substanz wird hauptsächlich durch die Veränderung des Namens einer Sache erkennbar, weil dieser zum Ausdrucke des Begriffes der Substanz einer Sache dient. Noodt, de usufructu lib. II. cap. 11.

Gesetze der Natur beschränkt sind. Hiernach erscheint eine durch menschliche Thätigkeit hervorgebrachte Veränderung entweder als eine dauernde oder als eine blos vorübergehende, je nachdem nach den Naturgesetzen der frühere Zustand nicht wiederhergestellt werden kann oder nach ihnen eine Wiederherstellung des früheren Zustandes mit der Zeit zu erwarten ist. Das Aufhören des Usufructus durch Aufhebung der Substanz liegt in der Natur dieses Rechtes. Die Beschränkung des Usufructuars auf den Gebrauch der Sache innerhalb der Substanz derselben hat die natürliche Folge, daß mit der Vernichtung der Substanz der Usufructus untergeht, weil sein Bestehen innerhalb der bestimmten Grenze nicht mehr möglich ist. In den Quellen zeigt sich die Anwendung dieses Satzes in verschiedenen Beziehungen. Der Nießbrauch an einem Gebäude erlischt mit Zerstörung des Gebäudes, wenngleich der Grund und Boden, worauf das Gebäude steht, übrig bleibt[655]); denn das Gebäude war der eigentliche Gegenstand des Nießbrauches und das Wesentliche bei einem Gebäude besteht in der Verbindung der einzelnen Theile zu dem Zwecke des Wohnens, durch welche, ihrem Zwecke nach dauernde Verbindung das Gebäude sein Dasein als solches erhält; dieses Dasein hört aber durch Trennung der einzelnen Theile wieder auf, weil diese Trennung dauernd sein soll und das Gebäude in der früheren Weise durch dieselben Mittel nicht wiederhergestellt werden kann. Daher lebt der Usufructus nach dem Wiederaufbau des Gebäudes nicht wieder auf[656]). Die Frage, ob der Usufructus an Grund und Boden (area) durch das Ueberbauen desselben erlösche, wird in mehreren, anscheinend sich widersprechenden, Stellen behandelt[657]). Nach der ersten Stelle hört der Nießbrauch an einer area durch das Ueberbauen derselben auf; unternimmt der Eigenthümer diesen Bau, so findet gegen ihn die actio ex testamento oder die actio de dolo statt. Nach der zweiten Stelle wird, wenn Jemand auf einer area baut, an welcher der Nießbrauch zusteht, der Nießbrauch wiederhergestellt, wenn der Bau während der Verjährungszeit wieder niedergerissen wird. Beide Stellen lassen sich aber durch die Annahme vollständig vereinigen, daß der Nießbrauch durch das Ueberbauen der area nur unterbrochen, nur suspendirt werde, mit der Möglichkeit wieder aufzuleben. Diese Möglichkeit liegt darin, daß die area mit dem Wegfalle des Baues die frühere Gestalt ganz wieder erhält; sie dauert aber nur bis zum Ablaufe der Verjährungszeit; daher, wenn der Bau nach Ablauf der Verjährungszeit bestehen bleibt, der Nießbrauch schon durch Nichtgebrauch aufhört. Dagegen erlischt der Nießbrauch an einem Grundstücke, wenn dasselbe von Natur eine andere dauernde Bestimmung erhalten soll, z. B. in einen See verwandelt wird[658]), wobei die Möglichkeit der Benutzung des neu gebildeten See's

655) L. 5. §. 2. D. 7. 4.
656) L. 10. §. 1. D. 7. 4.
657) L. 5. §. 3. D. 7. 4. L. 71. D. 7. 1. L. 36. D. eod.
658) L. 10. §. 2. L. 23. D. 7. 4. Auch wenn der Fluß sein Bett verläßt

auf andere Weise, z. B. durch Fischen, gleichgiltig erscheint. Mit der nachherigen Austrocknung des See's lebt der Nießbrauch nicht wieder auf, da der erkennbare Zweck der Natur nicht von vorn herein auf Aufhebung der Veränderung durch Austrocknung hinwies. Daher hebt eine blos vorübergehende Ueberschwemmung den Nießbrauch an einem Grundstücke nicht auf[659]), weil gleich anfangs der sichtbare Zweck der Natur nicht auf eine dauernde Veränderung gerichtet war. Umgekehrt erlischt der Nießbrauch an einem See, wenn derselbe austrocknet und in festes Land verwandelt wird[660]). Der Nießbrauch an einem Grundstücke, welches eine specielle Bestimmung hat, hört mit Veränderung dieser speciellen Bestimmung des Grundstückes auf. So erlischt der Nießbrauch an einer silva caedua im engeren Sinne, wenn die Bäume sämmtlich zu Grunde gehen[661]). Steht dagegen der Nießbrauch an einem zu einem allgemeinen Zwecke bestimmten Grundstücke zu, auf welchem sich auch Bäume befinden, so hat der Untergang dieser Bäume nicht das Erlöschen des Nießbrauches zur Folge. Ebenso geht der Nießbrauch an einem Grundstücke dieser Art nicht unter, wenn Weinberge dort angelegt werden, was der Bestimmung eines solchen Grundstückes nicht widerspricht[662]). Der Nießbrauch an beweglichen zusammengesetzten Sachen geht, wenn nicht zeitweilige Trennung in der Bestimmung derselben liegt oder auch nur eine zeitweilige Auseinanderlegung im concreten Falle bezweckt wird und dabei die Herstellung des früheren Zustandes an sich möglich ist, durch Trennung der Verbindung der einzelnen Theile unter[663]). Daher erlischt der Nießbrauch an einem Schiffe durch Trennung der einzelnen Balken; er lebt auch nicht wieder auf, wenn die einzelnen Bestandtheile wieder zusammengefügt werden. Der Nießbrauch an einer einfachen beweglichen Sache hört durch Formation und Specification auf. So erlischt der Nießbrauch an einer Waffe durch Verarbeitung derselben zu einem Gefäß[664]) sowie umgekehrt der Nießbrauch untergeht, wenn ein bereits formirter und bearbeiteter Gegenstand in seinen Naturzustand zurückgebracht wird[665]). Der Nießbrauch an bereits künstlich verarbeiteten Gegenständen erlischt durch deren dauernde Verbindung mit anderen. Der Nießbrauch an einer Heerde hört auf, wenn so viel einzelne Thiere untergehen, als zum Begriffe einer Heerde nöthig sind[666]).

---

und das Grundstück dadurch zum Flußbett wird, geht der Nießbrauch verloren. L. 24. pr. D. 7. 4.

659) L. 23. 24. D. 7. 4.

660) L. 10. §. 3. D. 7. 4.

661) L. 10. §. 4. D. 7. 4.

662) L. 10. §. 4. D. 7. 4.

663) L. 10. §. 6. 7. D. 7. 4.

664) L. 10. §. 5. D. 7. 4.

665) L. 36. pr. D. 7. 1.

666) L. 31. D. 7. 4. Man hat L. 3. pr. D. 47. 14. hierher bezogen, um zu bestimmen, wie viel Stück Vieh zu einer Heerde gehörten. Glück a. a. O. Bd. IX, S. 350. Obgleich letztere Stelle eigentlich nur den Zweck hat, den

Der Nießbrauch an einem Viergespann (quadriga) geht unter, wenn ein Pferd davon zu Grunde geht, weil das Viergespann als solches nicht mehr vorhanden ist[667]). Gleich dem körperlichen Untergange des Gegenstandes steht der juristische Untergang; daher muß der Nießbrauch an einer Sache erlöschen, wenn dieselbe dem Verkehre entzogen wird. — Die Frage, ob durch den Untergang des Gegenstandes auch Prädialservituten erlöschen, wird direct nicht in den Quellen berührt[668]). Es liegt aber in der Natur der Sache, daß der gänzliche Untergang des Gegenstandes auch den Verlust der daran zustehenden Prädialservituten zur Folge haben muß. Die Zerstörung eines dienstbaren Gebäudes hat nur eine Suspension der Prädialservitut zur Folge; dieselbe haftet an Grund und Boden fort und lebt mit Wiederherstellung des Gebäudes wieder auf[669]). b) Confusion und Consolidation. aa) Persönliche Servituten hören dadurch auf, daß der Servitutberechtigte das Eigenthum der dienstbaren Sache erwirbt[670]). Bei dem Nießbrauche nennt man dieses consolidatio[671]). Ein Erwerb des Eigenthums zu idealen oder realen Theilen bewirkt auch nur theilweisen Untergang der Servitut. Ein Wiederaufleben der Servitut tritt nicht ein, wenn auch der Usufructuar, welcher die Proprietät erworben hat, in der Folge genöthigt wird, dieselbe wieder herauszugeben. Nur wenn in dem Rechtsgeschäfte selbst der unmittelbare Grund liegt, weshalb der Usufructuar die Proprietät nicht behalten darf, entweder weil das Geschäft, wodurch er das Eigenthum erwarb, anfechtbar war, z. B. das Testament war inofficiös[672]), oder weil gleich vom Anfange an der Zweck des Rechtsgeschäftes nicht auf beständigen Erwerb der Proprietät von Seiten des Usufructuars gerichtet, sondern vielmehr Herausgabe der Proprietät durch den Usufructuar bezweckt war, z. B. dem Erben oder dem Legatar, welcher zugleich Usufructuar war, war die Herausgabe der hinterlassenen Sache als Fideicommiß, sofort oder unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung, auferlegt worden[673]); in diesen Fällen lebt der Nießbrauch

---

Unterschied zwischen einem Diebe von Vieh und dem abigeus festzustellen, so ist deren Anwendung auf den Nießbrauch an einer Heerde doch nur zu billigen, weil sonst das richterliche Ermessen rücksichtlich der Zahl, welche eine Heerde ausmacht, gar keine Unterstützung hat.

667) L. 10. §. 8. D 7. 4. Stützte sich der Nießbrauch auf ein Legat, so erlischt auch dadurch das Legat, wenn nicht vor dem dies cedens legati ein anderes Pfand an die Stelle des untergegangenen substituirt ist. L. 14. D. eod.

668) L. 20. §. 2. D. 8. 2., welche hierauf bezogen worden ist, handelt blos von dem Untergange des herrschenden Grundstückes.

669) L. 20. §. 2. L. 31. D. 8. 2.

670) L. 4. D. 7. 9.

671) §. 3. Inst. II. 4. Theophil. Paraphr. ad h. l. giebt den Ausdruck consolidatio durch σώρευσις wieder, während in den Scholien zu den Basiliken σύγχυσις dafür gebraucht wird. Es kommt auch der Ausdruck confusio in Bezug auf den Nießbrauch für consolidatio vor. L. 4. D. 7. 9.

672) L. 57. pr. D. 7. 1. L. 35. D. 38. 2.

673) L. 26. pr. D. 33. 2.

wieder auf. Anders verhält sich die Sache, wenn nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern ein später eingetretenes Ereigniß den nächsten Verpflichtungsgrund zur Herausgabe der Sache enthält, z. B. wenn der Usufructuar eine einem Anderen legirte Sache, während die Bedingung schwebte, erworben hatte, und später die Bedingung erfüllt wurde[674]; in diesem Falle ist er zur Herausgabe der vollen Proprietät verbunden. bb) Prädialservituten erlöschen durch Vereinigung des Eigenthums des herrschenden und dienenden Grundstückes in den Händen Einer Person. Die so erloschene Servitut lebt auch nicht wieder auf, wenn die beiden Grundstücke später wieder an verschiedene Eigenthümer kommen[675]. Nur wenn der Erwerb des Eigenthums vom Anfange an ein blos temporärer war, z. B. wenn ein Ehemann ein ihm vorher dienstbar gewesenes Grundstück als dos erhält und solches nach getrennter Ehe restituirt wird, oder wenn der Erbe ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück oder ein solches, dem sein eigenes Grundstück dienstbar war, durch Erbschaftsantritt erwirbt, solches aber einem Anderen unter einer Bedingung legirt worden ist, muß die Servitut eventuell durch richterliches Urtheil wiederhergestellt werden[676]. Ferner wird die durch Confusion erloschene Servitut wiederhergestellt, wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück ererbt, die Erbschaft aber an einen Anderen verkauft hat[677] oder wenn der Erbe die Erbschaft infolge der Inofficiosititätsquerel wieder verliert[678], nicht aber, wenn der Verlust der Erbschaft infolge der Indignität eintritt[679]. Eine Confusion, welche hinsichtlich eines idealen Antheiles des herrschenden oder dienenden Grundstückes eintritt, hat gar keine Wirkungen[680]. Eine Confusion hingegen, welche sich auf einen realen Theil des herr-

674) L. 17. D. 7. 4. Manche von Glück a. a. O. Bd. IX, S. 357 angeführte Juristen haben diese Stelle blos von dem Falle verstehen wollen, wenn der Usufructuar bei dem Kaufe der Proprietät wußte, daß sie einem Dritten bedingt vermacht war, weil er hier den Erfolg vorausgesehen habe und den Verlust nur seiner eigenen Handlung zuschreiben könne; habe er diesen Umstand nicht gewußt, so wollen sie ihm den Nießbrauch nach Eintritt der Bedingung aus richterlicher Billigkeit restituirt wissen. Ein Grund zu dieser angenommenen Beschrankung ist aber nicht vorhanden. Die anscheinende Unbilligkeit gegen den Usufructuar, der im guten Glauben handelte, berechtigt nicht, von der klaren Bestimmung des Gesetzes abzuweichen. Es handelte sich auch hier gar nicht um die Entschädigung des Usufructuars, der allerdings, wenn er im guten Glauben war, ohne seine Schuld Schaden erleidet, sondern um das Recht des Dritten, welchem die Proprietät unter einer Bedingung vermacht war, nach Eintritt der Bedingung. Die Entschädigung muß der Usufructuar bei seinem Auctor suchen. Vgl. Glück a. a. O. S. 357—360.

675) L. 30. pr. D. 8. 2. L. 10. D. 8. 4. L. 116. §. 4. D. 30.

676) L. 70. §. 1. D. 30. L. 116. §. 4. D. eod. L. 18. D. 8. 1. L. 7. §. 1. D. 23. 5. L. 73. §. 1. D. 36. 1.

677) L. 9. D. 8. 4. L. 2. §. 18. 19. D. 18. 4.

678) L. 21. §. 2. D. 5. 2. L. 22. C. III. 28.

679) L. 18. §. 1. D. 34. 9.

680) Vgl. Hoffmann a. a. O. Bd. I, §. 27, S. 78—84.

schenden oder dienenden Grundstückes bezieht, ist rechtlich wirksam, hat aber regelmäßig nur eine theilweise Aufhebung der Prädialservitut zur Folge[681]. c) Zurückübertragung an den Eigenthümer der dienenden Sache (Remission und Dereliction). Bisher hat man häufig angenommen, daß durch eine einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, die Servitut erlösche, und nach dieser Ansicht bedürfte es keiner Annahme dieses Verzichtes durch den Eigenthümer der dienenden Sache. Allein ein solches einseitiges Aufgeben des Rechtes muß auch im neuesten Rechte als wirkungslos angesehen werden[682], so daß also nur wirklicher remissorischer Vertrag als mit der Wirkung, die Servitut aufzuheben, versehen zu betrachten ist. Es beruht dies auf folgender Erwägung. Nach älterem römischen Rechte konnte eine Servitut an Italischem Grund und Boden nur durch in iure cessio, bei den servitutes praediorum rusticorum wahrscheinlich sogar nur durch remancipatio erlassen werden; es wurde ein zweiseitiger Act in einer bestimmten Form gefordert; der bloße Erlaßvertrag genügte nicht zur Aufhebung, weil nach dem Grundsatze: quoquo modo contrahitur, eodem dissolvitur, eine durch einen feierlichen Act bestellte Servitut auch nur durch einen solchen aufgehoben werden konnte. Zwar konnte dem Paciscenten gegenüber, welcher ungeachtet eines einfachen einen Verzicht auf die Servitut enthaltenden Vertrages die Ausübung der Servitut beanspruchte, ein solcher Vertrag eine exceptio doli begründen und so Veranlassung zum Untergange der Servitut durch Nichtgebrauch werden; er hob aber die Servitut in ihrem Bestande nicht auf und war nur für die Paciscenten und deren Erben bindend. Wie aber schon zur Zeit der classischen Jurisprudenz ein Vertrag mit hinzutretender Tradition wenigstens nach prätorischem Rechte vollständig geschützt wurde, so hat auch der Vertrag mit hinzutretender Tradition wenigstens nach prätorischem Rechte die Servitut aufgehoben, und so erklären sich viele Stellen, welche den Untergang der Servitut durch einen remissorischen Vertrag anerkennen[683]. An Provinzialgrundstücken war die Bestellung von Servituten durch pactiones et stipulationes möglich; es mußte ohne Zweifel zu deren Aufhebung ein einfacher Vertrag, bezüglich Acceptilation genügen[684]. Seitdem im

---

681) L. 30. §. 1. D. 8. 2. Vgl. die umständliche Ausführung bei Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 192—198.

682) Vgl. vorzüglich Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Bd. I, S. 386 flg. und Elvers, Servitutenlehre S. 348—350.

683) L. 8. D. 8. 6. L. 17. D. 8. 4. L. 4. §. 12. D. 44. 4. Vgl. Elvers a. a. O. S. 349 flg.

684) Von dieser Aufhebung der Servitut, nicht blos von einer durch Stipulation begründeten Obligation zur Einräumung einer Servitut, werden auch die Stellen verstanden werden müssen, welche von einer Acceptilation in Bezug auf Servituten sprechen, z. B. L. 13. §. 1. D. 46. 4. Denn in Bezug auf Servituten in italico solo war die Acceptilation zur Aufhebung ursprünglich

Justinianeischen Rechte die Formen der in iure cessio und mancipatio verschwunden sind und unserer oben weiter ausgeführten Ansicht nach die bisher zur Bestellung der Servituten an Provinzialgrundstücken übliche Form der pactiones et stipulationes die allgemeine Bestellungsform geworden ist, genügt zur Aufhebung ein einfacher remissorischer Vertrag. Daß dazu noch eine besondere Gestattung der Ausübung der natürlichen Freiheit hinzutrete, kann aber, da wir auch zur Bestellung einer Servitut außer dem Vertrage keine quasitraditio verlangen, nicht für erforderlich geachtet werden. Die im Justinianeischen Rechte vorkommenden Ausdrücke, cedere servitutem domino, remittere s. domino, concedere können nicht so gedeutet werden, als ob sie ein einseitiges Aufgeben von Seiten des Berechtigten für genügend erklärten. Es sind dies Ausdrücke, welche anstatt des alten in iure cedere gebraucht sind und, weil die in iure cessio ein zweiseitiger Act war, auch nur auf einen zweiseitigen Act hinweisen. Dasselbe ist der Fall, wenn man sie von einem durch den Prätor mit Wirkung versehenen Remissionsvertrag verstehen will. Auch die in einer Stelle[685]) erwähnte donatio, wodurch eine Servitut aufgehoben wird, ist ein Geschäft, welches regelmäßig Vertragsnatur hat. Zum Beweise, daß ein einseitiger Verzicht von Seiten des Servitutberechtigten zur Aufhebung der Servitut genüge, hat man sich auf mehrere Stellen berufen, worin von einem recedere ab usufructu und derelinquere usumfructum die Rede ist[686]). Der Usufructuar, welcher den Nießbrauch derelinquirt, wird nach diesen Stellen von den Lasten befreit, aber nicht von der Verantwortlichkeit wegen früher der Sache zugefügten Schadens. Es ist aber in jenen Stellen nicht gesagt, daß der Nießbrauch durch einseitigen Verzicht verloren gehe und es kann dies verneint werden, ohne daß darum jene Regel eine Abänderung erleidet. Vielmehr bedarf es immer noch erst der gewisse Zeit über fortgesetzten Nichtausübung zur Herbeiführung des Verlustes; der Verlust durch nonusus setzt seiner Beschaffenheit nach eigentlich immer eine vorangegangene Dereliction voraus[687]). Es ist auch umsoweniger glaublich, daß die einseitige Erklärung des Usufructuars, den Nießbrauch aufgeben zu wollen, zum Verluste desselben genüge, als im älteren Rechte als regelmäßige Form des Verzichtes die in iure cessio an den Proprietar erwähnt wird, diese aber, wie bemerkt, ein zweiseitiger Act war. Nur soviel wird sich auf Grund jener Stellen mit Bestimmtheit behaupten lassen, daß der Proprietar verbunden ist, sich den Verzicht des Usufructuars gefallen zu lassen, nach

---

ungenügend, weil dazu in iure cessio, bezüglich remancipatio erfordert wurde; erst infolge der Entwickelung durch das prätorische Recht mußte natürlich auch der feierliche remissorische Vertrag durch Acceptilation dieselbe Wirkung haben, welche der Prätor dem einfachen pactum beilegte.

685) L. 17. fin. D. 8. 4.

686) L. 48. pr. L. 64. 65. pr. D. 7. 1.

687) Fritz a. a. O. S. 391.

älterem Rechte sich den Usufructus in iure cediren zu lassen, wenn der Usufructuar dadurch den Lasten des Nießbrauches entgehen will. Die Analogie des Eigenthums, welche von Manchen hierher gezogen worden ist, um den Verlust der Servitut durch einseitiges Aufgeben zu begründen[688]), kann dazu nicht gebraucht werden. Der Verzicht auf ein Servitutrecht kann sowohl ausdrücklich als durch schlüssige Handlungen erklärt werden, z. B. dadurch, daß der Servitutberechtigte Handlungen gestattet, mit welchen sich die Ausübung der Servitut nicht verträgt[689]). So liegt auch in der dem Eigenthümer vom Usufructuar ertheilten Erlaubniß zum Verkaufe der dienenden Sache ein Verzicht auf den Nießbrauch, da diese Erlaubniß nur den Zweck haben kann, daß der Eigenthümer mit Wirksamkeit das volle Eigenthum solle veräußern dürfen, da ihm die Veräußerung der bloßen Proprietät schon ohnehin zusteht[690]). Jedenfalls ist der Verzicht auf eine Servitut immer streng auszulegen; er gilt nur insoweit als dies bestimmt worden ist. Bezieht sich der Verzicht nur auf einen bestimmten Umfang von Rechten oder auf einen bestimmten Umfang eines Raumes, so ist über diesen Umfang hinaus die Ausübung der Servitut noch zulässig. Ebenso erlischt, wenn zwei ihrer Art nach verschiedene Servituten an einem Grundstücke zustanden, durch Remission der einen Art die andere nicht; der Servitutpflichtige wird nur insoweit von der Servitut frei, soweit dies mit der Ausübung der anderen Servitut verträglich ist[691]). Eine Prädialservitut kann nicht an einem idealen Theile und für einen idealen Theil eines Grundstückes remittirt werden. Dagegen ist die Remission einer Prädialservitut an einem realen Theile eines Grundstückes an sich möglich[692]). Sind mehrere Berechtigte zu Einer Prädialservitut vorhanden, so bedarf es zur Remission der Einwilligung Aller[693]). Hinsichtlich des Usufructus ist eine Remission zu einem idealen Theile bei der Theilbarkeit der Früchte allerdings zulässig. Als Remission ist Stillschweigen des Servitutberechtigten zu einer Handlung, wodurch die Ausübung der Servitut, wenn auch nicht blos vorübergehend, unmöglich wird, nicht anzusehen[694]); es geht dadurch nur der Quasibesitz

---

688) So von Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 198 flg.

689) L. 8. pr. D. 8. 6.

690) L. 4. §. 12. D. 44. 4.

691) L. 21. D. 8. 8. L. 20. pr. D. 8. 3.

692) Vgl. Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 201 vgl. mit Bd. I, §. 27—30.

693) Erfolgt diese Remission nicht gleichzeitig, so kommt wahrscheinlich dasselbe zur Anwendung, was hinsichtlich der Bestellung einer Servitut von mehreren Miteigenthümern der dienenden Sache gilt, so daß durch die zuletzt erklärte Remission die von Seiten der übrigen früher erklärte nun vollständig wirksam wird. Vgl. L. 18. D. 8. 4. L. 11. D. 8. 3. L. 11. D. 8. 1. Hoffmann a. a. O. Bd. I, S. 78.

694) L. 5. D. 8. 2. L. 6. §. 1. D. 8. 5.

verloren. d) Erlöschende Verjährung[695]). Die durch Verjährung bewirkte Veränderung des Eigenthums beeinträchtigt die auf einer Sache haftenden Dienstbarkeiten keineswegs[696]). Es giebt aber eine von der Eigenthumsverjährung unabhängige und auf eigenthümlichen Voraussetzungen beruhende aufhebende Verjährung bei den Servitutrechten. In Betreff der Personen, gegen welche diese Verjährung stattfindet, finden dieselben Grundsätze Anwendung wie beim Erwerbe und Verluste des Eigenthums durch Verjährung[697]). Der erlöschenden Verjährung sind fast alle Servituten, dingliche und persönliche, unterworfen. Ausgenommen sind folgende: aa) der Zugang zu einem Begräbnißplatze (iter ad sepulcrum) ist unverjährbar[698]); bb) ebenso der usus und die habitatio[699]), wovon der Grund darin liegt, daß diese Rechte, und noch vielmehr das erste als das zweite, von jeder Erneuerung eines sich dazu zeigenden Bedürfnisses abhängen, also gleichsam immer wieder von neuem entstehen; cc) aus demselben Grunde ist das ein Jahr um das andere (alternis annis) verliehene Nießbrauchsrecht nach älterem Rechte unverjährbar[700]); dd) der Nießbrauch an verzehrbaren Gegenständen kann durch Nichtgebrauch nicht erlöschen, weil das hier zustehende Recht an den einzelnen Sachen kein Servitutrecht, son-

---

695) Unterholzner, Verjährungslehre §. 217—234, Bd. II, S. 192—235. Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 202—222. Elvers, Servitutenlehre Bd. I, S. 357 flg.

696) L. 44. §. 5. D. 41. 3. Unter dem usufructum usucapere ist hier die Vereinigung des Usufructus mit dem Eigenthum durch die Eigenthumsersitzung zu verstehen.

697) Sie ist daher gegen Unmündige wirkungslos und ebenso hinsichtlich der einem Dotalgrundstücke zustehenden Servituten. L. 10. pr. D. 8. 6. L. 3. §. 5. D. 27. 9. L. 3. §. 1. L. 4. D. 42. 8. L. 5. 6. D. 23. 5. Ebenso gilt der Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Ersitzung auch bei der erlöschenden Servitutenverjährung.

698) L. 4. D. 8. 6. Der Grund davon ist nicht klar. Die Ausnahme ist um so auffallender, als ein solches Zwangsrecht als res privati iuris angesehen wurde und dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes remittirt werden konnte. L. 14. §. 1. D. 8. 1. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 209, welcher den Grund darin sucht, daß dieses Recht gleichsam als res religiosa angesehen wurde, während Donellus, Comm. iur. civ. XI. 18. §. 21. ihn darin findet, daß ein solches Recht seinem Zwecke nach sich nur auf den außerordentlichen Fall der Bestattung eines Todten beziehe.

699) Die hierauf bezügliche Stelle ist L. 10. pr. D. 7. 8. Auf Grund derselben hat man die Unverjährbarkeit der habitatio allgemein angenommen; nicht so die des usus, weil in anderen Stellen allgemein gesagt ist, der usus pflege auf dieselbe Weise zu erlöschen wie der Usufructus. Pr. Inst. II. 4. L. 3. §. 3. D. 7. 1. Dennoch scheint die L. 10. pr. D. 8. 8. entschieden vorauszusetzen, daß auch der usus weder durch capitis deminutio, noch durch Nichtgebrauch erlösche. Siehe die weitere Ausführung bei Unterholzner a. a. O. S. 210 flg.

700) L. 28. D. 7. 4. Als Grund wird angegeben, quia plura sunt legata, ein Satz, den auch andere Stellen enthalten. L. 1. pr. D. 7. 3. L. 13. D. 33. 2. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 213 flg.

dern ein wirkliches und vollständiges Eigenthumsrecht ist[701]). ee) Eine nicht mehr vorkommende Ausnahme von der erlöschenden Verjährung bilden die operae servorum[702]). Hinsichtlich der erlöschenden Servitutenverjährung besteht ein Unterschied zwischen einer Aufhebung der Servituten, welche durch Nichtgebrauch (non utendo) bewirkt wird, und einer Aufhebung durch Ersitzung der Freiheit (libertatem usucapere, libertatis usucapio). Dieser Unterschied geht vorzüglich aus einer Stelle des Gajus hervor[703]). Er besteht darin, daß die Aufhebung durch bloßen Nichtgebrauch schon dadurch erfolgt, daß Dienstbarkeitsrechte nicht ausgeübt werden, während da, wo die Ersitzung der Freiheit erforderlich ist, die Nichtausübung allein nicht genügt, wenn nicht zugleich eine die Ausübung ausschließende That (factum contrarium) erfolgt ist. Hinsichtlich der persönlichen Servituten, wenigstens des Nießbrauchsrechtes, wird immer von einer Aufhebung durch non uti gesprochen[704]). Hinsichtlich der Prädialservituten macht Gajus an der angezogenen Stelle einen Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum und läßt letztere durch bloßen Nichtgebrauch, erstere nur durch Ersitzung der Freiheit erlöschen. Auf dieser Ansicht des Gajus beruht im wesentlichen die gewöhnliche Theorie von der aufhebenden Servitutenverjährung[705]). Nach ihr genügt zur Aufhebung des Nießbrauches und der Rusticalservituten die bloße Nichtausübung, zur Aufhebung der städtischen Servituten ist Ersitzung der Freiheit erforderlich. Dagegen haben Andere andere Ansichten[706]). Einige unterscheiden zwischen Servituten, welche nicht ohne Voraussetzung einer gewissen Anstalt ausgeübt werden können (sog. servitutes qualificatae) und solchen, welche keine Anstalt zu ihrer Ausübung voraussetzen (sog. servitutes non qualificatae); zur Aufhebung der ersteren soll Ersitzung der Freiheit erforderlich sein, zu der der letzteren bloßer Nichtgebrauch genügen. Andere knüpfen den Unterschied zwischen der Verjährung durch Nichtgebrauch und der Freiheitsersitzung an den Unterschied der servitutes, quae in patiendo consistunt und quae in non faciendo consistunt (affirmative oder positive und negative Servituten). Dies führt hinsichtlich der persönlichen und der Rusticalservituten zu

701) L. 9. 10. pr. D. 7. 5. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 214.

702) L. 2. D. 33. 2. Davon liegt der Grund darin, weil die operae ein diurnum officium sind (L. 1. D. 38. 1.), also Arbeitstage, welche sehr häufig bei den Freilassungen ausbedungen, aber auch häufig zum Gegenstande von Vermächtnissen in der Art gemacht wurden, daß ein Sclave, welcher Sclave blieb, mit solchen belastet wurde. Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 228, S. 215 flg.

703) L. 6. pr. §. 1. D. 8. 2.

704) L. 25. 28. D. 7. 4. Paul. Sent. Lib. III. Tit. 6. §. 30.

705) Hinsichtlich der Rusticalservituten ist noch die Stelle bei Paul. Sent. Lib. I. Tit. 17. §. 1. wichtig, welche jedoch blos von der servitus viae, actus, itineris und aquaeductus und von deren Verlust durch non uti spricht.

706) Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 218, S. 195 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 722 flg.

dem Ergebnisse, daß sie durch Nichtgebrauch erlöschen; bei den städtischen Servituten tritt eine Verschiedenheit hervor, weil diese bald auf ein Dulden, bald auf ein Unterlassen gerichtet sind. Hoffmann[707]) unterscheidet zwischen Servituten, 1) welche auf einem negativ eingeschränkten Zustande beruhen, 2) welche auf einem activ einschränkenden Zustande oder passiv eingeschränkten oder auf einem passiv eingeschränkten und activ einschränkenden Zustande zugleich beruhen; 3) welche durch einzelne Handlungen ausgeübt werden; bei den unter 1. 2. verlangt er Freiheitsersitzung, bei denen unter 3. läßt er bloße Nichtausübung genügen. Elvers[708]), dessen Ansicht und deren Begründung schon bei der Frage über den Sinn der Eintheilung in servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum erwähnt wurde, nimmt in Bezug auf die Aufhebung durch Verjährung keinen durchgreifenden Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten an, behauptet, daß die Prädialservituten regelmäßig nur durch Ersitzung der Freiheit untergehen und läßt blos für die Wege-, Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten den Untergang durch bloßen Nichtgebrauch zu; diesen Unterschied hat nach seiner Meinung auch Justinian in L. 13. C. III. 34. nicht aufgehoben und keineswegs überall Untergang durch Nichtgebrauch eingeführt, sondern dort ausgesprochener Maßen nur die Aenderung der Verjährungszeit im Sinne gehabt. Wir haben schon oben bei Beleuchtung dieser Ansicht unsere Meinung kurz angedeutet. Wir pflichten Elvers darin bei, daß wir der Eintheilung in iura praediorum urbanorum und iura praediorum rusticorum einen blos historischen Werth ohne praktischen Erfolg schon bei den Römern beilegen. Es muß also hiernach ein anderes Princip für die Entscheidung der Frage, ob bloßer Nichtgebrauch genüge oder Ersitzung der Freiheit zur Aufhebung durch Verjährung nothwendig sei, aufgestellt werden und dieses läßt sich nur in der verschiedenen Natur der Servituten selbst auffinden. Hier ist zuvörderst der Unterschied zwischen positiven und negativen Servituten wichtig. Bei negativen Servituten liegt es in deren Natur, daß ohne ein factum servituti contrarium keine Nichtausübung der Servitut von Seiten des Berechtigten denkbar ist; sie können also nur durch Ersitzung der Freiheit aufgehoben werden. Bei den positiven Servituten ist zu unterscheiden, ob dadurch ein dauernder äußerlich wahrnehmbarer Zustand zwischen zwei Grundstücken begründet oder eine dauernde künstliche Anlage auf dem dienenden Grundstücke zur Ausübung der Servitut vorausgesetzt wird oder ob die Servitut blos in Handlungen besteht, welche der Berechtigte, sei es eine bestimmte Person oder der Eigenthümer des berechtigten Grundstückes, von Zeit zu Zeit auf der dienenden Sache vorzunehmen befugt ist. Bei Servituten der ersteren Art ist ohne Veränderung des in der Servitut

707) Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 203 flg.
708) Elvers a. a. O. Bd. I, S. 357—377.

begründeten Zustandes von Seiten des Servitutverpflichteten oder ohne Destruction der zur Ausübung der Servitut erforderlichen Vorrichtung, also überhaupt ohne ein factum servituti contrarium eine Nichtausübung der Servitut nicht möglich, also Ersitzung der Freiheit erforderlich. Zu den Servituten dieser Art gehört auch das Wasserleitungsrecht, wenn der Berechtigte dasselbe beständig auf sein Grundstück zu leiten befugt und das Wasser aqua perennis ist. Bei Servituten der letzteren Art genügt zur Aufhebung bloßer Nichtgebrauch. Zu den Servituten dieser Art gehört das Wasserleitungsrecht dann, wenn der Berechtigte das Wasser nur zu gewissen Zeiten auf sein Grundstück zu leiten befugt ist. Hiernach müssen wir allerdings den Unterschied der sog. qualificirten und nichtqualificirten Servituten sowie den der positiven und negativen Servituten für einflußreich bei der erlöschenden Verjährung halten; jedoch langt keiner von beiden allein aus. Wenn Unterholzner[709]) gegen den Einfluß des Umstandes, ob die Servitut qualificirt ist oder nicht, auf die Art der erlöschenden Verjährung bemerkt, daß das Wasserleitungsrecht und das Straßenrecht (via) auch zu den qualificirten Servituten zu rechnen seien und doch durch bloßen Nichtgebrauch untergehen, so ist hinsichtlich des Wasserleitungsrechtes der von uns gemachte Unterschied übersehen, der unserem Erachten nach so in der Natur der Sache gegründet ist, daß er ungeachtet des allgemeinen Ausspruches der Quellen, daß die servitus aquaeductus non utendo untergehe, nothwendig gemacht werden muß, und jener Ausspruch der Quellen lediglich auf den Fall des nur auf gewisse Zeiten zustehenden Wasserleitungsrechtes zu beschränken ist. Die servitus viae kann aber nicht, wie Unterholzner will, zu den qualificirten Servituten gerechnet werden, so wenig wie die servitus itineris und actus; denn wenn sich auch gleich in der äußeren Erscheinung ein in einer bestimmten Richtung laufender Fahrweg, Fußweg u. s. w. als ein besonderer erkennbarer Raum des dienenden Grundstückes darstellt, so ist er doch keine erst durch die Menschenhand herzustellende Anstalt und Vorrichtung zur Ausübung einer Servitut, sondern er entsteht einfach durch die Ausübung der Servitut selbst, dadurch, daß in einer bestimmten Richtung über das dienende Grundstück gefahren, Vieh getrieben, gegangen wird. Noch ist einiger Controversen zu gedenken. Während für das Recht vor Justinian feststeht, daß der Ususfructus durch bloßen nonusus verloren geht, soll nach der Meinung Einiger[710]) Justinian dies aufgehoben und die Ersitzung der Freiheit als nothwendig zur Aufhebung des Nießbrauchsrechtes eingeführt haben[711]). In der fraglichen Constitution (L. 16. C. III. 33.)

---

709) Unterholzner a. a. O. S. 196.

710) Vgl. Glück a. a. O. Bd. IX, S. 370 und die N. 17 daselbst angeführten Schriftsteller, Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 294, N. 10. Buchholz, Versuche S. 193.

711) Man beruft sich deshalb auf die Schlußworte der L. 16. §. 1. C. III. 33.: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret,

wird zuvörderst erwähnt, daß nach der Ansicht der veteres es unbestritten gewesen sei, daß der Usufructus durch den Tod oder die capitis deminutio des Usufructuar oder durch Nichtausübung (non utendo) und andere bekannte Gründe erlösche; daß aber Zweifel darüber entstanden sei, ob die persönliche Klage (nämlich auf Einräumung des Besitzes), sei es die aus einer Stipulation, durch welche der Nießbrauch versprochen worden ist oder aus einem Testamente, worin der Nießbrauch vermacht ist, durch Nichtgebrauch (non utendo) binnen ein oder zwei Jahren erlösche. Zur Abschneidung dieser Streitigkeit verordnet Justinian, daß nicht nur die persönliche Klage, welche wegen des Nießbrauches (auf Einräumung des Besitzes) zustehe, sondern auch der Usufructus selbst durch Nichtausübung (non utendo) nicht verloren gehen solle, außer durch den Tod des Usufructuar und den Untergang der Sache; vielmehr sollte der Nießbrauch, welchen Jemand erworben habe, während seiner Lebenszeit ungeschmälert bleiben, da viele und unzählige Gründe existiren könnten, aus welchen Jemand das einmal Erworbene nicht festhalten (ausüben) könnte und es hart genug sei, durch solche Schwierigkeiten das, was man einmal im Besitz habe, zu verlieren; es müßte denn dem Usufructuar eine solche Einrede entgegenstehen, welche ihn, auch wenn er Eigenthum vindicirt hätte, als Anwesenden oder Abwesenden ausschließen würde. Zuvörderst ist unserer Ansicht nach darauf aufmerksam zu machen, daß die ganze Controverse nur den Usufructus an beweglichen Sachen und Italischen Grundstücken und die deshalb zustehende persönliche Klage betrifft; denn nur an diesen war die nach älterem Civilrechte nothwendige Bestellungsform die in iure cessio; sie konnte nach dem prätorischen Rechte durch quasitraditio ersetzt werden, und die persönliche Klage, welche, sei es aus einer Stipulation oder aus dem Damnationslegate angestellt wurde, ging auf Einräumung des Usufructus, entweder civilrechtliche in iure cessio oder prätorische durch Gestattung der Ausübung. Der Usufructus an Provinzialgrundstücken konnte von Justinian nicht gemeint sein, weil an diesen das dingliche Recht schon durch pactiones et stipulationes begründet wurde und demnach zwischen der persönlichen Klage auf Einräumung des Nießbrauches aus einer Stipulation und dem dinglichen Rechte selbst regelmäßig nicht unterschieden werden konnte. Auch die Verjährungszeit von ein und zwei Jahren weist darauf hin sowie auch der Umstand, daß der Unterschied zwischen solum italicum und provinciale und zwischen res mancipi und nec mancipi erst durch eine spätere Constitution von 531 aufgehoben worden ist[711a]. Wenn nun Justinian entscheidet, daß nicht nur die persönliche Klage auf Ein-

---

posset eum praesentem vel absentem excludere. Diese exceptio deutet man auf die usucapio, gleichsam als ob gesagt wäre: wenn nicht eine exceptio usucapionis (sc. libertatis a servitute) entgegengesetzt werden könne.

711a) L. 1. C. VII. 31.

räumung des Usufructus, sondern auch das dingliche Recht durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen solle, außer wenn eine solche Einrede dem Usufructuar entgegen stände, welche ihn, auch wenn er Eigenthum vindicirte, als Gegenwärtigen oder Abwesenden ausschließen würde, so hat er durch die hier gemeinte Einrede nicht die exceptio usucapionis (libertatis a servitute), sondern nur die Einrede von 10 oder 20 Jahren des Nichtgebrauches bezeichnen wollen. Es läßt sich zwar für die Ansicht, daß hier die exceptio usucapionis (libertatis a servitute) gemeint sei, allerdings Manches geltend machen, einmal, daß gesagt wird, man könne wegen mancherlei Zufälle den Besitz verlieren und es sei daher unbillig, wenn man des Rechtes, in dessen Besitz man einmal gewesen sei, verlustig sein solle; dann, daß gesagt wird, der Usufructuar solle, so lange er lebe, den Nießbrauch unversehrt behalten. Allein Justinian erklärt sich selbst später unzweideutig so, daß man nicht annehmen kann, er habe die usucapio libertatis statt des früheren nonusus bei dem Usufructus eingeführt, sondern blos die Zeit des nonusus von 1 und 2 Jahren auf 10 oder 20 Jahre verlängert[712]). Allerdings könnte es scheinen, als ob Verlust des Nießbrauches durch bloßen nonusus deshalb nicht möglich wäre, weil der Usufructuar sich im Besitze der dienenden Sache befindet oder so lange er sich im Besitze befindet; allein der Quasibesitz besteht bei dem Usufructus nicht in der Detention der dienenden Sache, sondern in der Ausübung des Nießbrauches, in den einzelnen Aeußerungen des uti frui[713]), und da eine Unterlassung des

---

712) L. 13. C. III. 34.: Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuabatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium etc. §. 3. Inst. II. 4.: Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio. Der Ausdruck non utendo kann in beiden Stellen in keinem anderen Sinne genommen sein als im älteren Rechte; sonst hätte Justinian sich über die besondere Modalität der Nichtausübung, welche er für erforderlich achtete, näher erklären, dieselbe bestimmt bezeichnen müssen. Die Worte der Institutionenstelle per modum et tempus beweisen auch nichts für eine besondere Modalität des Nichtgebrauches, also für die usucapio libertatis, da es nicht nothwendig ist, den modus auf letztere zu beziehen, sondern damit auch die sonstige Art und Weise, in welcher das non uti zum Verluste des Nießbrauches nöthig ist, bezeichnet worden sein kann. Die Basiliken, welche Lib. XVI. Tit. 8. cap. 39. den Inhalt der L. 16. C. III. 33. wiedergeben (es ist der index der fraglichen Constitution von Thaleläus) können nichts zur Entscheidung beitragen; denn das Wort ἀχρησία bezeichnet überhaupt Nichtausübung, ohne daß deren Modalität dadurch ausgedrückt wird. Theodorus im Sch. Θεοδώρου (Sch. 28. in Zachariae de Lingenthal Supplem. edit. Basil. Heimbach. p. 123.) faßt die L. 16. C. III. 33. gerade so auf, als ob der Verlust des Usufructus durch nonusus überhaupt nicht mehr stattfinde, sondern nur durch den Tod oder capitis deminutio maxima und media des Usufructuar oder durch den Untergang der Sache möglich sei.

713) Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 66, N. 18, S. 600.

Nießbrauches auch bei physischer Detention der Sache denkbar ist, z. B. bei einem Felde, welches der Usufructuar während der Verjährungszeit nicht bestellt und beerntet hat, welches aber auch kein Anderer detinirt, bestellt und beerntet, oder bei einer Wiese, welche während der Verjährungszeit vom Usufructuar nicht benutzt wird, aber auch von keinem Anderen, so kann auch der Nießbrauch ungeachtet der Detention der Sache durch Nichtgebrauch verloren gehen. Eine andere Frage ist die, ob der nonusus sich leicht werde beweisen lassen, wenn der Usufructuar die Sache inne gehabt hat; allein diese besteht für sich; es ist aber auch an der Möglichkeit des Beweises nicht zu zweifeln. — Eine andere Controverse betrifft den Inhalt einer anderen Constitution Justinian's[714]), in welcher er sagt, daß, sowie der Usufructus nicht mehr durch nonusus während zwei Jahren und bei beweglichen Sachen in einem Jahre erlösche, sondern dazu ein Zeitraum von 10 bis 20 Jahren erfordert werde, so auch bei den übrigen Servituten nur ein nonusus von 10 Jahren unter Gegenwärtigen und von 20 Jahren unter Abwesenden den Verlust des Rechtes zur Folge haben solle, damit nunmehr in allen diesen Sachen Gleichförmigkeit vorhanden sei. Manche nehmen an, Justinian habe dadurch die usucapio libertatis, welche er bei dem Usufructus eingeführt habe, auf alle Servituten ausgedehnt[715]). Allein da nach der richtigen Ansicht Justinian die usucapio libertatis nicht bei dem Usufructus eingeführt, sondern nur die Zeitdauer des nonusus verlängert hat, so fällt damit die eben berührte Meinung von selbst. Umgekehrt behaupten wieder Andere[716]), daß Justinian in L. 13. C. III. 34. die usucapio libertatis bei allen Servituten abgeschafft und den Verlust derselben durch nonusus eingeführt habe. Sie legen in dem Satze: ut omnes servitutes non utendo amittantur, auf die Worte non utendo besonderes Gewicht. Allein der ganze Zusammenhang der fraglichen Stelle zeigt, daß es bei dieser Verordnung lediglich auf Beseitigung der Verschiedenheit in Ansehung der Verjährungszeit abgesehen war, da seit L. 16. C. III. 33. eine verschiedene Verjährungszeit für den Nießbrauch und für die Prädialservituten bestand; für den ersteren nach dieser Constitution die Zeit von 10 oder 20 Jahren, während die letzteren nach wie vor binnen 2 Jahren erloschen. Und daß durch die Worte: ut omnes servitutes non utendo amittantur, nicht habe die in der verschiedenen Art der Servituten begründete Verschiedenheit der erlöschenden Verjährung durch nonusus und usucapio libertatis aufgehoben werden sollen, ergiebt sich daraus, daß selbst die usucapio

714) L. 13. C. III. 34.

715) Schriftsteller, welche dieser Meinung sind, siehe bei Glück a. a. O. Bd. X, S. 265, N. 49.

716) Vgl. die bei Glück a. a. O. Bd. X, S. 264, N. 48 angeführten Schriftsteller, ingleichen Stever, de servitut. cap. 8. §. 2. init. §. 4. fin. Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 156.

libertatis als eine Art des nonusus bezeichnet wird[717]), aber als eine besonders qualificirte Art. — Die Erfordernisse der erlöschenden Verjährung der Servituten sind folgende[718]): aa) das erste Erforderniß ist ein gewisser Zustand der Freiheit, welcher für die belastete Sache eingetreten sein muß. Dieser entsteht nach der obigen Andeutung bei manchen Servituten durch unterlassene Ausübung der Servitut (Nichtgebrauch), bei anderen erst infolge einer der Ausübung entgegenstehenden Thatsache (Besitz der Freiheit). Die Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch anlangend, so ist zu bemerken: α) die Servitut wird nicht nur durch Ausübung von Seiten des Berechtigten, sondern auch von Seiten desjenigen, welcher als dessen Stellvertreter angesehen werden kann, erhalten. Bei dinglichen Servituten insbesondre kann nicht nur der Eigenthümer oder Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes, sondern auch jeder Eigenthumsbesitzer, selbst ein unredlicher, durch Ausübung der Servitut dieselbe erhalten[719]) sowie derjenige, welcher das herrschende Grundstück precario oder als Usufructuar inne hat[720]). Ebenso schließen Pächter, Dienstboten, Gäste, Hausfreunde und Andere, welche gar nicht daran denken, selbst ein Recht zu beanspruchen, durch ihre Handlungen den Verlust durch Nichtgebrauch aus. Selbst wenn die Natur dasjenige bewirkt, worauf die Servitut gerichtet ist, gilt dies als Ausübung[721]). β) Die Servitut wird erhalten, wenn sie auch nicht in ihrem ganzen Umfange ausgeübt wird[722]); doch kann bei theilbaren Servitutrechten durch getheilte Ausübung das Recht auch nur theilweise erhalten werden[723]). Die beschränkte Ausübung muß noch als eine Ausübung der in Frage stehenden Servitut gelten können[724]). Ausübung einer Servitut in einer ganz anderen Art und Weise als in welcher sie begründet ist, gilt nicht als Ausübung und wendet die Folgen des Nichtgebrauches nicht ab[725]). Anders verhält es sich bei dem bloßen Ueberschreiten des Maaßes, weil das Mehr das Wenigere enthält[726]). Bei dem Nießbrauche gilt das bloße uti nicht blos als theilweise Ausübung des Nießbrauches, so daß etwa Verlust des Nießbrauches

---

717) L. 6. pr. D. 8. 2.

718) Unterholzner a. a. O. §. 230—232, Bd. II, 221—234.

719) L. 5. 12. 24. D. 8. 6.

720) L. 5. 12. 20. D. 8. 6.

721) L. 12. D. 8. 6.

722) L. 8. §. 1. L. 9. D. 8. 6.

723) Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 226, S. 207 flg.

724) So wird die servitus actus durch das bloße Gehen erhalten. L. 2. D. 8. 6. Dagegen wird das Recht des Wasserschöpfens durch das bloße Gehen nicht erhalten, weil das Recht zu gehen, wenngleich darin begriffen, doch nicht selbstständig, sondern blos dem Hauptzwecke dienstbar ist. L. 17. D. 8. 6.

725) L. 10. §. 1. L. 11. 18. pr. D. 8. 6. Wie mit diesen Stellen L. 5. §. 1. D. 43. 20. zu vereinigen sei; darüber siehe Unterholzner a. a. O. §. 231, N. 668, S. 224.

726) L. 11. pr. D. 8. 6. L. 9. §. 1. D. 8. 5.

und bloßes Uebrigbleiben des usus anzunehmen wäre; denn die Theilbarkeit des Nießbrauches bezieht sich nicht auf die Auflösung desselben in seine Bestandtheile, sondern auf die Möglichkeit, ihn in Ansehung des Gegenstandes auf Theile zu beschränken. Es genügt daher das uti zur Erhaltung des Nießbrauches, außer wenn es in der Meinung, daß man zu einem bloßen uti berechtigt sei, geschah, weil es dann nicht als Ausübung des Nießbrauches gelten könnte[727]. γ) Es muß Bewußtsein und Wille der Ausübung einer Servitut vorhanden sein; daher liegt in der Benutzung eines Weges, welchen man für einen öffentlichen hält, keine Servitutausübung[728]. δ) Ein unfreiwilliger, etwa durch Zwang oder Nothwendigkeit gebotener Nichtgebrauch hat dennoch den Verlust der Servitut durch Verjährung zur Folge[729]. Die unterlassene Einerntung der Früchte von einem Felde, an welchem der Nießbrauch zusteht, gilt nicht als Nichtgebrauch; es kommt darauf an, ob das Feld bestellt worden ist oder nicht[730]. ε) Die Servitut muß bereits rechtlich begründet sein, so daß eine Ausübung rechtlich möglich wäre, wenn der Nichtgebrauch in Betracht kommen soll. Nicht nöthig ist, daß die Ausübung bereits angefangen habe; es geht sogar demjenigen die Servitut durch Nichtgebrauch verloren, welcher von dem ihm zustehenden Servitutrechte nicht einmal Kenntniß hat[731]. Setzt die Ausübung der Servitut gewisse Einrichtungen voraus, so müssen jedoch diese Einrichtungen schon gemacht sein, so daß der Ausübung nichts weiter entgegensteht[732]. ζ) Das dienende Grundstück kann völlig besitzlos sein, und dennoch ist die Verjährung durch Nichtgebrauch begründet, weil bei dieser Art der Aufhebung der Freiheitszustand für das dienende Grundstück eintritt, ohne daß Freiheitsbesitz nöthig wäre. Es kommt daher auf iustus titulus und bona fides hier nicht an, und es ist auch durch das kanonische Recht daran nichts geändert worden. — Zum **Freiheitsbesitze** gehört zuerst jedesmal Nichtgebrauch; dieser setzt aber eine der Ausübung der Servitut entgegenstehende Thatsache (factum contrarium) voraus. Auch ist der Freiheitsbesitz ohne Besitz der dienenden Sache nicht denkbar[733]. Es ist nicht nöthig, daß das factum contrarium von dem Eigenthümer der dienenden Sache selbst vorgenommen sei; es kann auch von einem Anderen herrühren; jedoch muß der Besitz nun so für den Eigenthümer, demselben bewußt, fortgedauert haben. Nach römischem Rechte ist von Seiten des Besitzers

727) L. 20. D. 7. 4.
728) L. 25. D. 8. 6.
729) L. 14. D. 8. 6. L. 34. §. 1. L. 35. D. 8. 3. Es kann aber dagegen Restitution stattfinden. L. 14. D. 8. 6. L. 35. D. 8. 3. L. 1. §. 1. L. 23. §. 2. D. 4. 6.
730) L. 12. §. 3. D. 7. 1.
731) L. 19. §. 1. D. 8. 6.
732) L. 19. pr. D. 8. 6.
733) L. 32. §. 1. D. 8. 2.

der dienenden Sache bona fides, d. h. hier Unbekanntschaft mit der Servitut, nicht nöthig, sondern es wird nur fehlerloser Besitz der Freiheit verlangt. Die auf letzteres bezüglichen Stellen sprechen blos davon, daß der Freiheitsbesitz nicht in einem precarium begründet sein dürfe, wenn er zur Verjährung führen soll[734]); allein es muß auch ein gewaltthätiger und heimlicher Freiheitsbesitz für untauglich zur Verjährung geachtet werden, da sonst allenthalben die rechtlichen Wirkungen des vi, clam und precario possidere gleich sind. Nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes ist aber guter Glaube von Seiten des Freiheitsbesitzers erforderlich, worunter hier Unbekanntschaft mit dem Dasein der Servitut zu verstehen ist. Es kann daran füglich nicht gezweifelt werden, weil bei der Freiheitsersitzung derjenige, welcher dadurch gewinnen will, etwas vornehmen muß, und im kanonischen Rechte entschieden die Ansicht vorwaltet, daß man durch eine mit dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlung sich den Vortheil der Verjährung nie verschaffen könne. bb) Das zweite Erforderniß für die Aufhebung der Servituten durch Verjährung ist die Vollendung der erforderlichen Zeitfrist. Diese betrug vor Justinian zwei Jahre und bei dem Nießbrauche beweglicher Sachen ein Jahr, im Justinianeischen Rechte sind ohne Unterschied, ob die dienende Sache beweglich oder unbeweglich ist, 10 Jahre unter Gegenwärtigen oder 20 Jahren unter Abwesenden nothwendig[735]). Im älteren Rechte kam in manchen Fällen Vervielfachung der erforderlichen Zeitfrist vor, z. B. wenn eine Prädialservitut in der Art bestellt war, daß sie nur ein Jahr um das andere oder einen Monat um den anderen ausgeübt werden sollte, so wurde Ablauf der doppelten Frist verlangt[736]), während der Nießbrauch in gleichem Falle unverjährbar war[737]). War dagegen das dingliche Recht in der Art beschränkt, daß es nicht zu jeder Tageszeit, sondern nur eine Stunde um die andere oder zu einer bestimmten Stunde des Tages ausgeübt werden durfte, so fand eine Verdoppelung nicht statt, wofür der Grund angeführt wird: quia id, quod habet, quotidianum est; dasselbe galt von dem Falle, wenn die Ausübung auf einen Tag um den anderen oder blos auf die Tageszeit oder blos auf die Nachtzeit beschränkt war[738]). Justinian entscheidet in einer besonderen Verordnung[739]) in dem Falle, wenn eine Servitut nur alle Monate oder alle Jahre einmal an irgend einem beliebigen Tage ausgeübt werden darf, dafür, daß durch Nichtausübung von 20 Jahren die Servitut erlösche. Auf Grund dieser Entscheidung ist bei allen servitutes discontinuae, welche nur in gewissen Zeiträumen ausgeübt werden dürfen, der erforderliche

734) L. 32. pr. D. 8. 2. L. 17. D. 8. 4.
735) L. 16. C. III. 33. L. 13. C. III. 34.
736) L. 7. D. 8. 6.
737) L. 28. D. 7. 4.
738) L. 7. D. 8. 6.
739) L. 14. pr. C. III. 34.

Zeitraum der erlöschenden Verjährung 20 Jahre, so daß eine Vervielfachung der Verjährungszeit nicht mehr stattfindet. Dagegen entscheidet auch nichts der Umstand, daß in die Digesten Stellen aufgenommen sind, welche von der Vervielfachung der Verjährungszeit sprechen[740]). Die Verjährungszeit wird fortlaufend berechnet (tempus continuum), was eine Folge davon ist, daß diese Verjährung aus dem strengen Rechte der usucapio entstanden ist. Daher wird diese Zeit selbst dann fortlaufend berechnet, wenn durch außerordentliche Naturereignisse Hindernisse der Ausübung eingetreten waren, und nur durch Restitution kann gegen die dadurch entstehende Unbilligkeit geholfen werden[741]). Dasselbe gilt, wenn die Ausübung durch Zwang verhindert wurde oder die Servitut nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden kann, diese Gelegenheiten aber fehlten. Dagegen steht es mit der fortlaufenden Berechnung nicht in Widerspruch, wenn der Lauf der Zeitfrist erst von dem Moment an datirt wird, wo die rechtliche Möglichkeit der Ausübung begonnen hat. Die Verjährung wird als vollendet angesehen, wenngleich der letzte Tag nicht vollendet ist, sondern nur angefangen hat, was ebenfalls sich daraus erklärt, daß diese Verjährung dem Rechte der usucapio nachgebildet ist. — Die Verjährung wird unterbrochen, wenn die Servitut ausgeübt wird; daher bei den durch bloßen Nichtgebrauch erlöschenden Servituten jede Ausübung eine Unterbrechung bewirkt. Der Freiheitsbesitz insbesondre wird schon dadurch unterbrochen, daß der Besitz des herrschenden Grundstückes unterbrochen wird[742]); der neue Besitzer muß die Verjährung von neuem anfangen und vollenden. Ist aber zwischen dem vorhergehenden und dem folgenden Besitzer ein rechtlicher Zusammenhang, so treten die Grundsätze von der accessio possessionum ein[743]). e) Die Servitut erlischt auch mit dem Aufhören des Rechtes ihres Bestellers an dem dienenden Gegenstande, wenn der Grund des Aufhörens dieses Rechtes in dem Ursprunge und der Natur desselben selbst lagen.

2) Besondere Erlöschungsgründe. Ein solcher ist für Prädialservituten der Untergang des herrschenden Grundstückes. Ist

---

740) Anderer Meinung ist Unterholzner a. a. O. Bd. II, S. 233. Es ist aber durch Nachlässigkeit der Compilatoren Manches in den Digesten stehen geblieben, was hätte getilgt werden sollen, und L. 7. D. 8. 6. bezieht sich offenbar nur auf die ältere kürzere Verjährungszeit. Da aber L. 14. pr. C. III. 34. für den darin bestimmten Fall die 20jährige Verjährung für genügend erklärt, so ist dieselbe umsomehr dann für hinreichend zu achten, wenn die Ausübung der Servitut nicht so sehr beschränkt ist, wie in dem in der angeführten Stelle enthaltenen Falle.

741) L. 14. pr. D. 8. 6.

742) L. 32. §. 1. D. 8. 2.

743) Dafür entscheidet L. 18. §. 1. D. 8. 6. Die L. 32. §. 1. D. 8. 2. erwähnt freilich einer solchen Zusammenrechnung nicht; sie kann aber von den Fällen verstanden werden, wo ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem früheren und späteren Besitze nicht stattfindet oder zwischen beiden ein besitzloser Zeitraum liegt.

dieses ein Gebäude, so lebt mit dessen Wiederherstellung auch die Servitut wieder auf[744]). Besondere Erlöschungsgründe für Personalservituten sind: a) der Tod des Berechtigten[745]). Ist Jemandem, namentlich in einem Testamente, der Nießbrauch mit der Bestimmung bestellt, daß derselbe auf die Erben des Usufructuar übergehen solle, so war die Giltigkeit dieser Bestimmung unter den römischen Juristen bestritten, indem einige sich deshalb dagegen erklärten, weil sie eine beständige Trennung des Nießbrauches vom Eigenthum für der Natur der Sache zuwiderlaufend hielten, andere dagegen sich für Aufrechterhaltung des Willens des Bestellers, welcher hier die höchste Norm sei, entschieden. Justinian entschied für den Uebergang des Nießbrauches auf die nächsten Erben, der dann mit deren Ableben oder mit dem Eintritte anderer Erlöschungsgründe aufhören sollte[746]). Eine andere Streitfrage war die, ob der durch ein Kind unter väterlicher Gewalt oder durch einen Sclaven erworbene und dem Vater oder Herrn zugefallene Nießbrauch durch den Tod oder capitis deminutio des Kindes oder Sclaven erlösche. Justinian entschied für den Fall, daß nicht etwas Anderes bestimmt worden sei, für das Verbleiben des Nießbrauches bei dem Vater oder Herrn auch nach dem Tode oder der capitis deminutio des Kindes oder Sclaven; dagegen sollte umgekehrt bei dem Tode oder capitis deminutio magna des Vaters das Kind den Nießbrauch behalten, auch wenn es nicht Erbe des Vaters geworden sei, weil hauptsächlich um des Kindes willen der Nießbrauch bestellt worden sei und dasselbe nur, so lange der Vater lebt, ihn nicht genießen könne[747]). Wenn Jemand nach dem Willen des Bestellers blos Mittelsperson ist, durch welche ein Anderer den Nießbrauch erhalten soll, so hört der Nießbrauch mit dem Tode des Letzteren auf[748]). Der einer städtischen Corporation bestellte Nießbrauch erlischt mit dem Aufhören ihrer juristischen Persönlichkeit; kommt es nicht dazu, so erlischt er nach Ablauf von 100 Jahren[749]). Es ist dies auch auf den Fiscus und andere juristische Personen, welchen ein Nießbrauch bestellt ist, anzuwenden, weshalb man sich auf das früher Bemerkte bezieht. Die im römischen Rechte vorkommende Aufhebung durch capitis deminutio ist unpraktisch. Eine dem Nießbrauche eigenthümliche Erlöschungsursache ist gesetzliche Bestimmung, indem der dem Vater an den Adventitien der Kinder zustehende Nießbrauch von selbst erlischt, wenn diese aus der väterlichen Gewalt treten. Der Vater kann im Falle der freiwilligen Emancipation die Hälfte des Nießbrauches als

---

744) L. 20. §. 2. D. 8. 2.

745) §. 3. Inst. II. 4. pr. Inst. II. 5. L. 3. §. 3. D. 7. 4. L. 37. D. 8. 3. L. 3. pr. L. 12. 14. C. III. 33. Vgl. Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 184 flg.

746) L. 14. C. III. 33.

747) L. 17. C. III. 33.

748) L. 29. D. 33. 2. L. 54. D. 7. 1. L. 4. D. 7. 4.

749) L. 21. D. 7. 4. L. 56. D. 7. 1. L. 8. D. 33. 2.

deren praemium behalten[750]), was indessen heutzutage, wo die väterliche Gewalt regelmäßig entweder durch Anstellung eines besonderen Haushaltes der Kinder oder bei Töchtern durch deren Verheurathung erlischt, und die Emancipation selten vorkommt, unpraktisch ist[751]). — Inwiefern der Eintritt beigefügter Endtermine oder Bedingungen von Einfluß auf Servituten sei, und welcher Unterschied dinglicher und persönlicher Servituten hier stattfinde, ist schon früher bemerkt worden.

E. Von den der Servituten halber zustehenden Rechtsmitteln[752]). Unter die eigentlichen Servitutklagen gehören nur die, welche den Schutz des Servitutenrechtes im weitesten Sinne bezwecken. Es sind diese theils petitorische, theils possessorische Rechtsmittel, neben welchen es noch mehrere Klagen giebt, welche unter anderen auch einem Servitutberechtigten zustehen, nicht sowohl zum Zwecke der Anerkennung einer Servitut, als vielmehr zur Abwendung einer Einwirkung auf eine Sache, wodurch auch Servitutzwecke berührt werden können, sowie zum Zwecke des Ersatzes des an der Sache, mithin auch an den Servitutzwecken, erlittenen Schadens. Von den possessorischen Rechtsmitteln wegen der Servituten ist bereits an einem anderen Orte die Rede gewesen[753]). Es bleiben mithin hier nur die petitorischen noch zu erwähnen übrig. Von diesen gehört eigentlich nur hierher die confessoria actio, weil sie Schutz des Servitutrechtes bezweckt. Die negatoria actio, welche vornehmlich gegen die Anmaßung einer Servitut gerichtet ist, erscheint als eine eigentliche Eigenthumsklage; sie ist aber, weil sie nicht schon in diesem Werke abgehandelt worden ist, hier jetzt mit zu betrachten.

I. Klagen zum Schutze der Servitut. 1) Confessoria actio[754]). Sie heißt auch vindicatio servitutis, petitio servitutis, in Bezug auf den Nießbrauch actio de usufructu. Sie steht dem zu einer Personalservitut Berechtigten sowie dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes wegen einer Prädialservitut direct gegen denjenigen zu, welcher sich ein Recht thätlich anmaßt, was mit der Ausübung oder doch mit der vollen Ausübung der Servitut nicht zusammen bestehen kann. Auch derjenige, welcher sich im Usucapionsbesitze des herrschenden Grundstückes befindet, hat diese Klage. Als actio utilis wird sie bei Prädialservituten von denjenigen angestellt, welche wegen des ihnen zustehenden Rechtes der Emphyteuse, Superficies oder des Pfandrechtes am herrschenden Grundstücke an der Erhaltung der Servitut ein Interesse haben[755]). Der Usufructuar eines Grundstückes kann wegen der

750) L. 6. §. 3. C. VI. 61. §. 2. Inst. II. 9.
751) Glück, Erl. der Pand. Bd. XIV, S. 370, N. 63 und die dort angeführten Schriftsteller.
752) Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, §. 119—135, S. 223—288.
753) Vgl. die Art. Interdicte und Possessorium.
754) §. 2. Inst. IV. 6. Dig. Lib. VII. Tit. 6. Lib. VIII. Tit. 5.
755) L. 16. D. 8. 1. L. 3. §. 3. L. 9. D. 39. 1. L. 1. §. 9. D. 43. 18.

demselben zustehenden Servitut die actio confessoria wegen seines Nießbrauches anstellen, nicht blos gegen den Proprietar, sondern auch gegen den Besitzer des dienenden Grundstückes[756]). Es steht ihm aber auch, wenn er nicht wegen des Nießbrauches selbst confessorisch klagen will, zu, wegen der dem fundus fructuarius zustehenden Servitut, zwar im Namen des Propietar als dessen Procurator, aber nicht im eigenen Namen, zu klagen[757]). Die Klage ist hiernach sowohl gegen den wirklichen Eigenthümer, wenn dieser die Servitut in dem bestehenden Umfange nicht anerkennt, als gegen den die Servitut beeinträchtigenden Besitzer, als auch endlich gegen jeden gerichtet, welcher sich sonst ein dingliches Recht, eine Servitut u. s. w. anmaßt, welches mit der vom Kläger beanspruchten Servitut nicht zusammen bestehen kann[758]). Eine andere Ansicht geht dahin, daß die confessoria actio von demjenigen angestellt werde, welcher für sich das Recht zu positiven Befugnissen in Anspruch nimmt, die negatoria actio von demjenigen, welcher behauptet, der Gegner dürfe etwas nicht thun[759]). Man beruft sich zu deren Begründung auf Theophilus[760]), nach welchem die positive oder negative Fassung der intentio den Grund jener Klagenunterscheidung abgegeben habe, theils auf eine Institutionenstelle, welche als Beispiel für die confessoria actio das ius altius tollendi, und für die negatoria actio das ius altius non tollendi anführe[761]). Die fragliche Stelle des Theophilus giebt aber nicht den mindesten Anhalt für diese Theorie, spricht vielmehr entschieden für die herrschende Lehre. Das in den Institutionen angeführte Beispiel des ius altius tollendi für die confessoria actio kann für das neueste römische Recht nichts beweisen, da nach den früheren Erörterungen vor Justinian wegen der Nothwendigkeit der in iure cessio bei Aufhebung einer Servitut auch die durch in iure cessio erklärte Rückübertragung der Servitut an den Eigenthümer der dienenden Sache als Servitut betrachtet wurde, und nach der Abschaffung der in iure cessio unter Justinian dieser Gesichtspunkt als ein veralteter, im neuesten Rechte nicht mehr anwendbarer und von den Compilatoren nur als Nachlässigkeit beibehaltener zu betrachten ist. Das in den

L. 1. §. 5. D. 43. 25. Sie steht auch den Vasallen zu. II. F. 8. pr. Siehe den Art. Lehenrecht Bd. VI, S. 425. Als actio utilis ist sie auch auf teutschrechtliche Verhältnisse, namentlich auf die sog. Reallasten anwendbar werden. Siehe den Art. Reallasten Bd. IX, S. 86—91.

756) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. 7. 6.

757) L. 1. §. 20. L. 2. D. 39. 1. L. 1. §. 4. D. 43. 25.

758) L. 5. §. 1. D. 7. 6. L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. D. 5.

759) Diese schon von Boehmer, de actionibus Sect. II. cap. 2. §. 40. not. p. und Anderen bei Glück a. a. O. Bd. X, S. 231, N. 56 angeführten Rechtslehrern vertheidigte Ansicht ist neuerdings von Veltheim, de act. confessoria et negatoria, Kilon. 1822, wieder in Schutz genommen und von Fritz, Erläut. zu Wening-Ingenheim, Civilrecht S. 359 flg., 363 flg. angenommen worden.

760) Theophil. ad §. 2. Inst. IV. 6.

761) §. 2. Inst. IV. 6.

Institutionen angeführte Beispiel des ius altius non tollendi für die negatoria actio erklärt sich ebenso natürlich aus demselben Grunde; es ist die Klage desjenigen, welcher das dem Eigenthümer der bei der servitus altius non tollendi dienenden Sache nach dessen Behauptung übertragene ius altius tollendi bestreitet; sie erscheint als negatoria actio, weil das rückcedirte ius altius tollendi, die durch in iure cessio der servitus altius non tollendi wiederhergestellte natürliche Freiheit des Eigenthums selbst als Servitut betrachtet wurde. Da aber alles dieses mit der im neuesten römischen Rechte nicht mehr üblichen Form der Bestellung und des Aufgebens der Servituten durch in iure cessio zusammenhängt, so ermangelt diese Theorie im neuesten römischen Rechte jedes Anhaltes, und es ist die herrschende Lehre über die confessoria und negatoria actio als die allein richtige zu betrachten. Der Grund der confessorischen Klage ist die Servitut, ihr Zweck die Anerkennung derselben von Seiten des Beklagten[762]; unter Umständen geht sie auf Gestattung der nothwendigen Anstalten zur Ausübung der Servitut[763], auf Hinwegnahme der entstandenen Hindernisse[764], auf Ersatz des durch die Störung dem Berechtigten erwachsenen Interesse[765], bei persönlichen Servituten auch auf Einräumung der dienenden Sache[766], endlich auf Sicherheitsleistung wegen etwaiger künftiger Störungen[767], an deren Stelle in teutschen Partikularrechten, namentlich in den sächsischen, Androhung einer Geldstrafe für den Fall künftiger Störungen tritt. Ob sich der Kläge im Quasibesitze der geklagten Servitut befindet oder nicht, ist gleichgiltig[768]. Von mehreren Eigenthümern des herrschenden Grundstückes kann jeder die Klage in solidum anstellen[769]. Der Beklagte ist jeder, welcher die Servitut bestreitet oder ihre Aus-

---

762) §. 2. Inst. IV. 6. L. 2. 4. §. 3. D. 8. 5. L. 9. pr. L. 10. D. eod.

763) L. 4. §. 5. D. 8. 5.

764) L. 5. C. III. 34.

765) Auch auf die Früchte. Vgl. L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. D. 8. 5. L. 2. 5. §. 3—6. D. 7. 6.

766) L. 6. D. 7. 6.

767) Im römischen Rechte ist die Caution nur wegen einer bestimmten Handlung oder Unterlassung zu leisten (L. 7. D. 8. 5.) oder sie kommt als ein Provisorium wegen der Wege- und Wasserleitungsservitut vor. L. 7. D. 43. 20. Dagegen ist durch den J. Reichsabsch. §. 162 eine allgemeine cautio de non amplius turbando eingeführt. Wenn nämlich der Beklagte zu einer Handlung oder Unterlassung verurtheilt worden ist, so soll ihm zuerst eine Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung angedroht, und wenn er sich dennoch einer solchen schuldig macht, ein Termin zur Leistung einer cautio de non amplius turbando, impediendo etc. angesetzt werden. Man hat dies auf die Klagen wegen der Servituten, auch auf die Negatorienklage, angewendet. Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 65, N. 10, S. 591 flg.

768) L. 6. §. 1. L. 16. D. 8. 5. L. 9. C. III. 34. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 235, N. 66.

769) L. 4. §. 3. D. 8. 5.

übung stört[770]); von mehreren Miteigenthümern des dienenden Grundstückes kann jeder in solidum belangt werden[771]). Geht die Klage auf Einräumung des Gegenstandes, wie bei den persönlichen Servituten, so wird verlangt, daß der Beklagte denselben besitze oder wenigstens fictus possessor sei[772]). Der Beweis ist vom Kläger, wenn der Beklagte die behauptete Servitut in Abrede stellt, auf das Dasein derselben zu richten, von welchem Beweise den Kläger auch nicht der Quasibesitz der Servitut befreit[773]); bei Prädialservituten hat der Kläger außerdem das von ihm behauptete Rechtsverhältniß zu dem angeblich herrschenden Grundstücke, also das ihm daran zustehende Eigenthum oder emphyteutische, superficiarische Recht oder Pfandrecht zu erweisen[774]). Die Bestimmung des römischen Rechtes, daß, wenn der Beklagte auf die Klage sich nicht einläßt (non defendit), er Kläger, aus dem Besitzer Nichtbesitzer wird[775]), hängt mit dem römischen Contumacialverfahren zusammen und ist, da das Contumacialverfahren jetzt ein anderes ist, nicht mehr anwendbar[776]).

2) Publiciana actio. Die Publiciana actio fand ursprünglich zum Schutze derjenigen Servituten statt, welche nicht nach dem Civilrechte, durch mancipatio oder in iure cessio giltig bestellt waren oder durch den Prätor geschützt wurden, wenn sie durch quasitraditio und patientia bestellt waren (servitutes tuitione praetoris constitutae). Von diesem Falle sind die hierauf bezüglichen Stellen ursprünglich zu verstehen[777]). In dieser Beziehung fand diese Klage gegen den Eigenthümer der dienenden Sache statt, wenn er eine Servitut auf eine zwar nicht nach Civilrechte, aber nach prätorischem Rechte giltige Weise bestellt hatte. Seitdem die civilrechtliche Bestellung der Servituten durch mancipatio oder in iure cessio aufgehört hat praktisch zu sein, ist die Publiciana actio auf den Fall beschränkt, wenn dem Kläger eine Servitut von einem Nichteigenthümer der dienenden Sache, den er im guten Glauben für den Eigenthümer hielt, bestellt worden ist und er sich im Quasibesitze derselben befunden hat. Sie setzt Usucapionsbesitz, d. h. quasitraditio ex iusta causa von Seiten des Gegners oder dessen, von welchem er sein Recht an der dienenden Sache ableitet, und bona fides von Seiten des Klägers bei dem Erwerbe voraus. Sie findet nur gegen denjenigen statt, welcher ein schwächeres Recht an dem

770) L. 4. §. 5. L. 9. 10. §. 1. D. 8. 5. L. 1. §. 25. D. 43. 20. L. 5. §. 1. D. 7. 6.

771) L. 4. §. 4. D. 8. 5.

772) L. 6. D. 8. 5.

773) L. 10. pr. D. 8. 5. L. 9. C. III. 34.

774) L. 16. D. 44. 1. L. 1. 2. §. 1. L. 6. §. 3. 4. D. 8. 5. Man rechnet dies gewöhnlich zur Sachlegitimation.

775) L. 15. D. 39. 1. L. 45. D. 39. 2.

776) Sintenis a. a. O. S. 592, N. 19. Dagegen hält Glück a. a. O. Bd. X, S. 238 diese Bestimmung noch für praktisch.

777) L. 11. §. 1. D. 6. 2. L. 1. pr. D. 7. 4.

dienenden Gegenstande hat, z. B. gegen den, welcher die Sache von dem die Servitut bestellenden Nichteigenthümer erworben oder die Sache ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen hat. Der Zweck der Klage ist derselbe wie der der confessorischen Klage.

II. **Klagen zum Schutze der Freiheit des Eigenthums.** 1) Negatoria actio[778]). Diese Klage (auch actio

---

778) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 229 flg. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 224—251. Außer der negatoria actio zum Schutze gegen theilweise Beeinträchtigungen des Eigenthums gegen Beschränkungen der natürlichen Freiheit desselben hat Zachariä von Lingenthal, in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. XII, S. 258—288 noch eine besondere prohibitoria actio angenommen. Dagegen erklärt sich Stephan in derselben Zeitschrift Bd. XIV, S. 274—286. Ersterer stützt seine Ansicht auf L. 11. D. 8. 5. und L. 5. pr. D. 7. 6., wo eine Klage mit der intentio: ius sibi esse prohibendi erwähnt werde und auf den index der L. 5. §. 1. D. 7. 6. von Stephan im Sch. 6. zu Basil. Lib. XVI. Tit. 6. cap. 5. (Zachariae supplem. Basil. p. 112. sq.), wo der Scholiast eine formula negatoria mit der Fassung: *εἰ φαίνεταί σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὔτι φράσι ἐνβίτο με*, und eine formula prohibitoria mit der Fassung: *εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σὲ τοῦ* uti frui, erwähnt. Auch in den Veteres glossae iuris verborum kommt vor: *Προνιβιτόρια κωλυτική*, und Psellus Synops. leg. p. 564. sq. stellt neben einander:

Ἡ δὲ κομφεσσορία τις, ἡ δὲ νεγατορία,
Ἡ δὲ προϊβιτορία τις, ἡ δὲ σπεκιαλία.

Diesen schon von Zachariä bemerkten Stellen ist noch folgendes Scholium zu Basil. 60. 16. cap. 6. th. 3. (Basil. Heimb. T. V. p. 556.) hinzuzufügen, wo es heißt: *Τουτέστι δύνατη κινεῖν κατ᾽ ἐκείνου λέγων, μὴ ἐξεῖναί μοι* (lego *σοι*) *ἔχειν τοῦτο τὸ δίκαιον, ὥςπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκθέτην ἐπιτίθησί τις κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ ἀέρος, κινεῖσαι κατ᾽ αὐτοῦ* prohibitoria *περὶ δουλείας ἐν ῥέμ.* Die prohibitoria actio, welche letzteres Scholium ausdrücklich actio prohibitoria de servitute in rem nennt, soll diejenige Klage des Eigenthümers sein, welcher er sich als solcher gegen den bedient, welcher dem ius prohibendi, welches und soweit es dem Eigenthümer zusteht, zuwider handelt. Sie soll mit der negatoria actio regelmäßig concurriren, sich aber von derselben darin unterscheiden, daß sie auf der einen Seite weiter reicht als diese, auf der anderen aber beschränkter ist. Beschränkter soll sie sein, indem von einem prohibere durch den Eigenthümer nur die Rede sein könne, wo ein Eingriff in das Eigenthum erst bevorstehe oder die demnächstige Wiederholung desselben zu befürchten sei; gegen vollendete Eingriffe in das Eigenthum komme der Eigenthümer mit dem prohibere zu spät; er müsse gegen solche die negatoria actio gebrauchen, wogegen er gegen bevorstehende Eingriffe sich mit der prohibitoria zu schützen habe. Weiter soll die prohibitoria actio reichen als die negatoria actio und eine selbstständige Bedeutung haben, in dem in L. 11. D. 8. 5 erwähnten Falle, wenn ein Miteigenthümer auf dem gemeinschaftlichen Grund und Boden bauen wolle; hier sei die prohibitoria actio die Klage, wodurch die übrigen Miteigenthümer ihr ius prohibendi geltend machten, während die negatoria actio gegen den Bau des Miteigenthümers ihnen versagt werde. Diese prohibitoria actio müsse aber nach L. 28. D. 10. 3. angestellt werden, so lange noch nicht gebaut (d. h. der Bau noch nicht vollendet) sei, wogegen nach vollendetem Bau nur Schadenersatz mit der communi dividundo actio gefordert werden könne. Ein anderer Fall, wo die prohibitoria actio, nicht aber auch die negatoria actio zulässig ist, soll der sein, dessen in L. 9. §. 5. D. 39. 2. gedacht wird. Wenn nämlich der Usufructuar eines Gebäudes die ihm obliegenden Ausbesserungen des baufällig werdenden Gebäudes unterläßt und dem Nachbar auf dessen Verlangen nicht die cautio damni infecti bestellt, so

negatoria, actio contraria genannt)[778a]) ist die Klage aus dem Eigenthum in der Richtung einer theilweisen Verletzung desselben oder gegen Beschränkungen der natürlichen Freiheit. Sie ist eine Eigenthumsklage. Andere halten für den Klaggrund die natürliche Freiheit des Eigenthums, die Klage also für eine Servitutenklage[779]). Die Gründe dafür sind, daß dieser Klage nur bei Gelegenheit der Servituten Erwähnung geschieht und daß keine Einschränkung des Eigenthums, in Bezug auf welche die Klage ausdrücklich erwähnt werde, vorkomme, welche nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Prädialservituten durch Bestellung einer Servitut zu einem befugten Eingriffe werden könne. Es ist nun allerdings richtig, daß der Negatorienklage wenigstens hauptsächlich bei Gelegenheit der Servituten gedacht wird[780]); allein daraus kann für den eigentlichen Klaggrund nichts abgeleitet werden, zumal darin Alle einverstanden sind, daß diese Klage regelmäßig nur dem Eigenthümer zustehe und der Grund jener Erwähnung der Klage bei den Servituten darin liegt, daß die Anmaßung einer Servitut die gewöhnlichste Veranlassung zur Klage ist. Dann beschränkt sich aber auch die Klage gar nicht auf den Fall, wenn ein Dritter sich eine Servitut anmaßt, sondern sie geht auch gegen andere theilweise Eingriffe in das Eigenthum, selbst gegen solche, welche nicht als Folge einer Servitut

---

daß der Proprietar nunmehr diese Caution leisten muß, so heißt es in dieser Stelle vom Usufructuar: prohiberi debet uti frui. Die prohibitoria actio soll die Klage sein, wodurch der Proprietar bewirkt, daß, wie es in L. 10. D. 39. 2. heißt, dem Usufructuar, der ihm, der die cautio damni infecti promissorisch geleistet hat, caviren soll, die petitio ususfructus, die derselbe als Einrede geltend macht, versagt werde. Allein L. 11. D. 8. 5. verglichen mit L. 3. §. 1. D. 39. 1. läßt auch die Auslegung zu, daß darin lediglich nach der Anstellung eines prohibitorischen Interdictes neben der Servitutenklage gefragt wird; in letzterer Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß ein Miteigenthümer dem anderen, welcher auf der gemeinschaftlichen Sache etwas vornehme, zwar nicht novum opus nunciren, wohl aber ihn durch die communi dividundo actio oder per praetorem prohibiren könne, und diese prohibitio per praetorem ist davon zu verstehen, daß um ein prohibitorisches Interdict bei dem Prätor angesucht wird. Aehnlich verhält es sich in dem anderen Falle. Im übrigen verweist man auf die Ausführung von Stephan, namentlich darüber, daß die in dem Scholium von Stephan angeführte prohibitoria actio mit der negatoria zusammenfalle und die im Eingange des Scholiums für beide erwähnten verschiedenen Formeln doch nur dieselbe intentio zur Grundlage haben. Ein praktisches Bedürfniß zu einer besonderen prohibitoria actio ist nicht vorhanden. Soll die Formel: sibi ius esse prohibendi, die intentio einer dinglichen Klage stützen, dann fällt sie mit dem Begriffe der negatoria actio zusammen, und Zachariä hat das Verdienst darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß streng genommen, die Bezeichnung einer prohibitoria richtiger und passender gewesen wäre als die herrschende der negatoria actio.

778a) §. 2. Inst. IV. 6. L. 5. pr. D. 7. 6. L. 8. pr. D. 8. 5.

779) Die Gründe für diese Ansicht, welche noch von Duroi, im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 298 flg. vertheidigt worden ist, siehe besonders bei Fritz, Erläuterungen Bd. I, S. 366.

780) Dig. 7. 6. 8. 5.

erscheinen können[781]). Der Klaggrund ist das Eigenthum, nicht die Freiheit von Beschränkungen an sich, weil diese kein besonderes Recht, sondern nur Theil eines anderen Rechtes, des Eigenthums, ist. Dadurch ist auch über die Beweislast entschieden. Die Beweislast und der Beweissatz bei dieser Klage sind von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit Gegenstände vielfältigen Streites unter den Juristen gewesen[782]). Man kann auf die Darstellungen der verschiedenen Ansichten bei anderen Schriftstellern verweisen. Die richtige Ansicht über die Beweislast und den Beweissatz ergiebt sich aus der Auffassung der Negatorienklage als Eigenthumsklage von selbst. Der Kläger hat, wenn der Beklagte die Befugniß zu der Beschränkung oder eine Servitut oder einen weiteren Umfang derselben als der Andere zugiebt, behauptet[783]), nur sein Eigenthum zu beweisen, nicht die Unbeschränktheit desselben. Denn die Freiheit des Eigenthums von der Beschränkung liegt in dessen Natur; sie versteht sich bis zum Beweise des Gegentheiles von selbst; behauptet daher der Beklagte eine Beschränkung des klägerischen Eigenthums, so liegt darin keine Verneinung, sondern die Einrede eines zustehenden Rechtes. Wenn der Beklagte das Eigenthum des Klägers einräumt, so kommt es auf den Beweis dieser Einrede an; stellt der Beklagte des Klägers Eigenthum in Abrede und der Beweis desselben wird nicht erbracht, so wird der Beklagte von der Klage entbunden und es bleibt bei dem bisherigen Zustande[784]). Schon seit dem Zeitalter der Glossa-

781) Siehe L. 14. §. 1. D. 8. 5. verglichen mit L. 26. D. 8. 2.; ferner L. 8. §. 5. L. 13. 17. pr. D. 8. 5. L. 2. D. 43. 27. L. 6. §. 2. D. 47. 2. S. Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 795 flg.

782) Vgl. die ältere Literatur bei Hufeland, Beitr. IV, Nr. 10. Glück, Erl. der Pand. Bd. X, S. 254 flg. Ueber die verschiedenen Ansichten Vangerow a. a. O. S. 706 flg. Franke, im Archiv für civil. Praxis Bd. 21, S. 1 flg. Mittermaier ebd. Bd. 19, S. 285 flg. Hoffmann, Servitutenlehre Bd. II, S. 239 flg. Viele haben nämlich den Kläger mit dem Beweise der Freiheit von Beschränkungen belasten wollen, indem sie die Klage als auf der Freiheit des Eigenthums beruhend auffassen wollen. Der neueste Vertheidiger dieser Ansicht ist Pape, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. 16, S. 194 flg.

783) Auch in diesem Falle wird die Beweislast nicht geändert. Die von dem Kläger bis zu einer gewissen Grenze zugestandene Beschränkung enthält noch nicht das Zugeständniß derselben bis zu der vom Gegner behaupteten Grenze. Wenn freilich der Kläger behauptet, daß eine Beschränkung vorhanden gewesen, dieselbe aber erloschen sei, so liegt ihm die Beweislast ob, weil darin eine positive Behauptung liegt, eine Replik gegen die vom Beklagten vorzuschützende Befugniß, welche, wenn sie der Klage einverleibt ist, ebenso vom Kläger zu erweisen ist, als er diese Replik, wenn er sie gegen die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Befugniß aufstellte, erweisen müßte.

784) Für die Ansicht, daß die Freiheit des Eigenthums besonders zu erweisen sei, wird besonders L. 15. D. 39. 1. geltend gemacht. Dort wird gesagt: Klage Jemand, daß dem Nachbar das Recht des Höherbauens nicht zustehe und vertheidige sich nicht, so müsse der Richter den Beklagten Caution leisten lassen, nicht höher bauen zu wollen, bis er seinerseits geklagt habe, daß ihm das Recht des Höherbauens zustehe. Klage dagegen derjenige, welchem das Höherbauen verwehrt werde und vertheidige sich der Beklagte nicht, so müsse der Richter den

toren trat in der Doctrin und Praxis das Bestreben hervor, dem Kläger

letzteren Caution leisten lassen, die operis novi nunciatio nicht vornehmen und keine Gewalt anwenden zu wollen. Hiernach werde derjenige, welcher sich nicht vertheidige, dadurch bestraft, daß er sein Recht nachweisen, d. h. die Stelle des Klägers übernehmen müsse. Im ersten Falle wird gewöhnlich die Klage als confessoria actio, im zweiten Falle als negatoria actio bezeichnet. Franke a. a. O. S. 13 flg. geht bei der Erklärung dieser Stelle von der richtigen Ansicht aus, nur die Anwendung des älteren römischen Contumacialverfahrens werde in dieser Stelle besprochen. Dieses Contumacialverfahren bestand bei der rei vindicatio und hereditatis petitio darin, daß derjenige, welcher sich auf diese Klage nicht gehörig einließ, den Besitz der streitigen Sache oder Erbschaft zur Strafe verlor, welcher durch besondere Interdicte, das interdictum quem furtum, das interdictum quem hereditatem auf den Kläger übertragen wurde, so daß dem früheren Besitzer nur übrig blieb, selbst als Kläger aufzutreten. Dies zeigt sich auch noch in der Bestimmung, daß derjenige, welchen der bloße Detentor durch die nominatio auctoris als den wirklichen Besitzer bezeichnet hat, wenn er sich auf die Klage nicht einläßt, den Besitz verlieren und dieser an den Kläger übertragen werden soll. L. 2. C. III. 19. Diese Grundsätze fanden auch auf die Processe über Servituten Anwendung, indem für Processe über einen Nießbrauch ein besonderes interdictum quem usumfructum zur Uebertragung des Besitzes stattfand, während bei anderen Servituten das interdictum quem fundum angewendet zu sein scheint. Fragm. Vat. §. 92. Der ungehorsame Beklagte wurde, wenn er wirklich den Besitz gehabt hatte wie bei den anderen Vindicationen, des Besitzes entsetzt. Da bei Streitigkeiten über Servituten sich der Kläger aber ebensowohl im rechtlichen oder factischen Besitze befinden konnte, so suchte man ihm den Umständen nach seinen Besitz zu sichern, und der Nachtheil für den Beklagten, welchem kein Besitz zur Strafe entzogen werden konnte, bestand hier nur darin, daß ihm jede Störung des Besitzes überhaupt oder unter Umständen die operis novi nunciatio abgesprochen wurde, bis er auch hier sein Recht mittelst förmlicher Klage geltend gemacht haben würde. Die Anwendung dieses Verfahrens wird nicht blos in der angeführten Stelle, sondern auch in L. 45. D. 39. 2. von Scävola gezeigt. Dort ist ebenfalls von der servitus altius non tollendi die Rede und es wird der mit der confessoria actio Belangte zur Strafe seines Ungehorsams des Besitzes entsetzt, jedoch, weil es sich hier von der Zerstörung eines schon vollendeten Baues handelt, mit Schonung verfahren und dem Beklagten zur Erhebung der Negatorienklage noch eine Frist gegönnt, nach deren Ablauf der Bau zerstört und dadurch der Gegner in den rechtlichen Besitz seiner behaupteten Servitut gesetzt wird. Franke legt nun die L. 15. D. 39. 1. so aus, der Nachtheil der Nichtvertheidigung habe darin gesetzt werden sollen, daß der Beklagte nur an das förmliche Verfahren gewiesen sei und sich sonst nicht weiter schützen dürfe, daß also der mit der confessorischen Klage Belangte vor der Hand nicht höher bauen, sich in seinem Besitze nicht erhalten könne, und daß dem mit der Negatorienklage Belangten die operis novi nunciatio versagt sei; keineswegs sei aber gesagt, daß der Ungehorsame in Ansehung der Beweislast durch seinen Ungehorsam übler daran sei als er es gewesen, wenn er sich auf die Negatorienklage eingelassen hätte; als weitere Folge jener Nachtheile werde dann nur erwähnt, daß dem Beklagten hiernach nichts weiter übrig bleibe als selbst zu klagen; die Worte am Ende der L. 15. D. 39. 1.: eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur; ut de iure suo probare necesse haberet; id enim est, petitoris partes sustinere bezögen sich blos auf den letzten Theil der Stelle, auf die Negatorienklage, und hierdurch widerlege sich, abgesehen von allen anderen, der Einwand, als müsse nach den Schlußworten der Stelle der mit der confessorischen Klage Belangte im Falle des Ungehorsams das Nichtsein der Servitut (ius suum) nachweisen. Nach der Ansicht von Pape a. a. O. S. 220 flg. hingegen ist gerade auf jene weiteren Folgen, auf die Veränderung

den Beweis zu erleichtern[785]). Man begnügte sich anfangs mit dem Beweise des Besitzes von Seiten des Klägers, weil, wenn er den Besitz

---

der Beweislast, alles Gewicht gelegt worden; das förmliche Verfahren wird hier blos als nothwendige Bedingung vorausgesetzt; in der Vertauschung der Rolle des Klägers mit der des Belangten (petitoris partes sustinere) ist der ganze Nachtheil gelegt, und die Worte: petitoris partes sustinere werden durch die Worte: ut de iure suo probare necesse haberet noch näher bestimmt; der sich nicht vertheidigende Beklagte ist nicht blos überhaupt an ein förmliches Verfahren verwiesen, sondern das frühere Verfahren wird für beseitigt erachtet und dem sich nicht vertheidigenden Beklagten die Verpflichtung auferlegt, nur in einem neuen Verfahren aufzutreten; gerade dieses neue Verfahren soll Nachtheile für den sich nicht vertheidigenden Beklagten mit sich führen, welche nach den Schlußworten der Stelle in der Uebernahme der Beweislast, von welcher er früher, wenn er sich vertheidigt hätte, frei gewesen wäre, beständen. Wir können nur der Ansicht von Franke, daß die fragliche Stelle eine Anwendung des älteren römischen Contumacialverfahrens gegen den bei den Servitutenklagen sich nicht vertheidigenden Beklagten enthalte, beipflichten, und müssen dieselbe in unserem heutigen Processe, welcher ganz andere Nachtheile des Ungehorsams des Beklagten, welcher sich auf die Klage nicht einläßt, bestimmt, für ganz unpraktisch ansehen. Abgesehen davon ist noch zu beachten, daß in der fraglichen Stelle, so wie gewöhnlich angenommen wird, zwischen der confessorischen Klage, von welcher im ersten Theile die Rede sei, und der Negatorienklage, von welcher der zweite Theil der Stelle handele, nicht unterschieden werden kann. Es handelt sich in der Stelle von dem ius altius tollendi und ius altius non tollendi. Das ius altius tollendi ist nach der von Elvers aufgestellten richtigen Ansicht die von dem Inhaber der servitus altius non tollendi auf den Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes durch in iure cessio geschehene Zurückübertragung der gedachten Servitut, welche als eigene Servitut betrachtet wurde, als solche auch noch im Justinianeischen Rechte, aber mit Unrecht behandelt wird, weil dort die in iure cessio als Form des Vertrages, wodurch Servituten erlassen wurden, weggefallen war. Im ersten Satze der Stelle ist nun nach dieser Ansicht, welche die durch in iure cessio erklärte Zurückübertragung der servitus altius non tollendi als eine Servitut unter dem Namen ius altius tollendi auffaßt, allerdings von der confessorischen Klage, im zweiten Satze von der Negatorienklage die Rede. Nach unserer Ansicht hingegen wird zwar im ersten Satze von der Confessorienklage wegen der servitus altius non tollendi gehandelt; im zweiten Satze kann aber die Klage mit der intentio, ius sibi esse invito adversario altius tollere, ebensowohl als Confessorienklage wie als Negatorienklage aufgefaßt werden, weil, wie bemerkt, die dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes rückcedirte servitus altius non tollendi als eigene Servitut, als servitus oder ius altius tollendi betracht wurde. Geht man davon aus, so konnte auch der das ius altius tollendi mit der Confessorienklage geltend machende Kläger in die Lage kommen, einen Beweis führen zu müssen, nämlich den Beweis der Rückcession der servitus altius non tollendi durch in iure cessio, wenn der bisherige Servitutberechtigte solche leugnete, das frühere Dasein der Servitut selbst aber unbestritten oder bewiesen war. Unter dieser Voraussetzung können auch die Schlußworte der Stelle unbedenklich auf eine Veränderung der Beweislast bezogen werden, indem der wegen des ius altius tollendi auftretende Confessorienkläger durch den Ungehorsam des Beklagten des Beweises der durch in iure cessio geschehenen Zurückübertragung der servitus altius non tollendi überhoben und der ungehorsame Beklagte als nunmehriger Kläger mit dem Beweise, daß ihm letztere Servitut zustehe, belastet wird.

785) Vgl. über die verschiedenen Theorien und deren Widerlegung Puchta, im rhein. Museum Bd. I, S. 165—184. S. auch Franke a. a. O. S. 28 flg.

habe, sein Eigenthum zu präsumiren sei. Dann unterschied man, ob der Eigenthümer als Kläger oder als Beklagter per exceptionem auftrete; komme ersteren Falles das Eigenthum principaliter zur Sprache, wie bei der Vindication, so müsse es vollständig bewiesen werden; geschehe es aber nur incidenter, so werde der gegenwärtige Besitzer als Eigenthümer vermuthet, der vergangene Besitz habe diese Vermuthung nicht für sich; im letzteren Falle werde des Beklagten Eigenthum post fundatam intentionem des Klägers nicht, ohne dies aber allerdings vermuthet. Hiervon wurde auf die Negatorienklage, als eine Klage, bei welcher das Eigenthum nur incidenter zur Sprache komme, Anwendung gemacht und zur Begründung der Präsumtion des Eigenthums der Beweis des Besitzes für hinreichend erachtet. Aus jenem Satze bildete man auch eine allgemeine Regel, welche vor dem 18. Jahrhunderte nicht allgemein herrschend wurde, nämlich die, daß ein Recht, wenn es nur incidenter zur Sprache käme, keines vollständigen, sondern nur eines summarischen Beweises, wie er nach der Lehre der älteren Processualisten bei den summarischen Processen stattfand und wie er unter dem Worte Bescheinigung verstanden wurde, bedürfe; dieser Beweis sollte bei der Negatorienklage nicht blos durch den Beweis des Besitzes, wegen der nach der herkömmlichen Lehre damit verbundenen Vermuthung für das Eigenthum, sondern auch durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe geführt werden können, wodurch auch jene Ausnahme in Wegfall kam, indem der Kläger, wenn er auch nicht besaß, das Eigenthum auf andere Weise als durch den Beweis des Besitzes bescheinigen konnte. Endlich gelangte man dahin, die Frage, ob der Kläger Eigenthümer sei, unter den Gesichtspunkt der Legitimation zur Sache zu stellen; was wieder damit zusammenhing, daß man die Negatorienklage auf den Fall einer angemaßten Servitut beschränkte und die Freiheit des Eigenthums davon als den eigentlichen Grund der Klage betrachtete, wozu nun die Eigenschaft des Klägers als Eigenthümers der Sache in dasselbe Verhältniß trat, wie das Eigenthum des Klägers bei der Confessorienklage wegen einer Prädialservitut. Von diesem Standpunkte aus wurde nun bloße Bescheinigung des Eigenthums verlangt, der Beweis des bloßen Besitzes aber ausgeschlossen, als in welchem noch keine Bescheinigung des Eigenthums liege. Eine Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze ist aber nirgends in den Quellen begründet. Nach dem Sprachgebrauche der römischen Juristen werden die Parteien bei den dinglichen Klagen mit den Ausdrücken petitor und possessor bezeichnet, ursprünglich bei der rei vindicatio, was dann auf andere dingliche Klagen übertragen worden ist. Bei manchen dinglichen Klagen trifft diese processualische Bedeutung von possessor, als Beklagter, nicht nothwendig mit der ursprünglichen, als Besitzer, zusammen; so eines Theiles bei denen, bei welchen eigentlich von keinem Besitze die Rede sein kann, wie bei den Präjudicialklagen, anderen Theiles bei denen, bei welchen sich die Parteirolle nicht nothwendig nach dem Besitze richtet, wie die negatoria und

confessoria actio. Bei solchen Klagen konnten Zweifel entstehen, wer von beiden Parteien im concreten Falle als Kläger oder als Beklagter anzusehen sei, und mehrere Stellen haben die Entscheidung dieser Frage (quis possessoris, quis petitoris partes sustineat) zum Gegenstande. So wird die Regel aufgestellt, daß in solchen Fällen die Norm der Vindication eintrete, also hier der possessor im ursprünglichen Sinne, der Besitzer, als possessor im processualischen Sinne, als Beklagter, behandelt werden solle, obgleich die Natur der Klage dies nicht verlangt[786]). Dieselbe Regel findet auch bei den Präjudicialklagen Anwendung in der Art, daß, obgleich hier von keinem eigentlichen Besitze der libertas, der ingenuitas u. s. w., mithin weder von einem wirklichen noch Quasibesitze die Rede sein kann, doch die Zustände, in welchen sich die Parteien in Bezug auf die bestrittenen Rechte befinden, für die Entscheidung der vorliegenden Frage mit dem Besitze verglichen werden, also auch die Norm für die Entscheidung abgeben; und so wird der factische Zustand, nach welchem sich die Parteirolle in streitigen Fällen richtet, dieses in libertate etc. esse, wie es eigentlich heißt[787]), auch wirklich mit dem Ausdrucke in possessione libertatis etc. esse bezeichnet[788]). Als praktisches Interesse dieser Frage wird bezeichnet: ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse, petitoris partes sustinere[789]), und daß der Beklagte von der Klage entbunden wird, wenn der Kläger den Beweis seiner Klage nicht erbringt, sollte er auch selbst nichts erwiesen oder das in Anspruch genommene Recht nicht haben[790]). Diese Stellen sind in Verbindung mit den vorigen zur Unterstützung des Satzes gebraucht worden, in dem das hier von den possessores Gesagte auf die Besitzer überhaupt in der obgedachten Art und Weise angewendet wurde. Die römischen Juristen reden aber hier weder von einer Vermuthung aus dem Besitze, noch von den Besitzern an sich, sondern nur von den Beklagten und dem Vortheile, welchen die Besitzer als Beklagte, mithin mit allen anderen Beklagten gemein haben. Eine Vermuthung aus dem Besitze überhaupt ist ebensowenig begründet als aus dem juristischen Besitze; nur den Vortheil der Rolle des Beklagten verschafft der Besitz, was dann allerdings die angegebene Folge hat, die aber nicht als unmittelbar aus dem Besitze hervorgehend zu betrachten ist. Die übrigen oben angedeuteten Ansichten über den Beweis des Klägers bei der Negatorienklage werden jetzt meistens als unrichtig erkannt. Das Bestreben der älteren Zeit, dem Kläger den Beweis bei der Negatorienklage zu erleichtern, erschien als berechtigt eines Theiles insofern als das Leugnen des Eigenthums des sogar im Besitze befind-

786) L. 8. §. 3. D. 8. 5.
787) L. 7. §. 5. D. 40. 12.
788) L. 14. D. 22. 3.
789) L. 15. D. 39. 1.
790) L. 5. pr. D. 7. 6.: vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

lichen Klägers von Seiten des Beklagten, welcher selbst das Eigenthum nicht anspricht, als chicanös erscheint, anderen Theiles insofern, als selbst bei dem Eigenthumsstreite, wo sich der Beklagte im Besitze befindet, der Kläger einen viel leichteren Beweis dadurch hat, daß er die Publiciana in rem actio anstellt, bei welcher er schon mit dem Beweise eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes auslangt. Das Bedürfniß, dem Kläger den Beweis des Eigenthums bei der Negatorienklage zu erleichtern, ist auch jetzt noch vorhanden, und zur Abhilfe desselben stellt sich als geeignetes Mittel dar, daß zum Beweise der Klage aus dem Eigenthum wider theilweise Verletzungen nicht mehr verlangt wird als wider totale Verletzungen, also der Beweis eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes genügt, was zur Annahme einer actio Publiciana negatoria führt[791]). Den bisherigen Ausführungen über den, welcher die Negatorienklage anzustellen befugt sei und über den, gegen welchen sie erhoben werden können soll, sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen: a) es kommt nichts darauf an, ob der Kläger sich im Quasibesitze der Freiheit oder der Beklagte in dem Quasibesitze einer Servitut befindet[792]), weil das Eigenthum in beiden Fällen verletzt werden kann. b) Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob sich der Beklagte in oder bei dieser Eigenthumsverletzung ein Recht und namentlich eine Servitut anmaßt; dies hätte er zum Gegenstande einer Einrede zu machen; deshalb bedarf es auch nicht des Anführens in der Klage, daß sich der Beklagte ein solches Recht anmaße, sondern es genügt das Anführen der verletzenden Handlung in der Klage als Bezeichnung der Veranlassung der Klage. Dagegen kann nicht die bei den Römern übliche Klagformel der Negatorienklage: ius ei non esse, angeführt werden; denn diese hat im römischen Formularprocesse ihren Grund[793]). Die Eigenthumsverletzung braucht nur in einer Verhinderung des Klägers in der Ausübung des unbeschränkten Eigenthums zu bestehen, welche entweder einen dauernden Eingriff in das Eigenthum enthält oder wenigstens durch einen Beweg-

791) Eine Anwendung davon findet sich in den Quellen. Gleichwohl hat dieser von Puchta a. a. O. S. 182 vorgeschlagene Ausweg nicht nur in der Wissenschaft (vgl. Vangerow a. a. O. S. 712 flg. und die dort angeführten Schriftsteller, Sintenis a. a. O. Bd. I, §. 52, S. 523 flg. Hoffmann a. a. O. Bd. II, §. 129, S. 256), sondern auch in der Praxis Anklang gefunden. Er unterliegt auch umsoweniger einem Bedenken, als die Negatorienklage vielfältig auch anderweit analoge Anwendung gefunden hat als utilis actio, wobei man nur beispielsweise an diese Klage erinnert, wodurch der Eigenthümer eines Grundstückes gegen denjenigen auftritt, welcher eine Reallast an diesem Grundstücke zu haben behauptet. Vgl. den Art. Reallasten.

792) L. 5. §. 6. D. 7. 6. L. 6. §. 1. D. 8. 5. Nur hinsichtlich der Früchte ist dies von Einfluß, namentlich bei dem Ususfructus; denn hat der Kläger den Besitz des Gegenstandes, an welchem ein Anderer sich den Nießbrauch beilegt, so kann er Erstattung der Früchte nicht verlangen. L. 5. §. 6. D. 7. 6. Vgl. die weitere Ausführung bei Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 232 flg.

793) Sintenis a. a. O. Bd. I, §. 53, S. 524.

confessoria actio. Bei solchen Klagen konnten Zweifel entstehen, wer von beiden Parteien im concreten Falle als Kläger oder als Beklagter anzusehen sei, und mehrere Stellen haben die Entscheidung dieser Frage (quis possessoris, quis petitoris partes sustineat) zum Gegenstande. So wird die Regel aufgestellt, daß in solchen Fällen die Norm der Vindication eintrete, also hier der possessor im ursprünglichen Sinne, der Besitzer, als possessor im processualischen Sinne, als Beklagter, behandelt werden solle, obgleich die Natur der Klage dies nicht verlangt[786]). Dieselbe Regel findet auch bei den Präjudicialklagen Anwendung in der Art, daß, obgleich hier von keinem eigentlichen Besitze der libertas, der ingenuitas u. s. w., mithin weder von einem wirklichen noch Quasibesitze die Rede sein kann, doch die Zustände, in welchen sich die Parteien in Bezug auf die bestrittenen Rechte befinden, für die Entscheidung der vorliegenden Frage mit dem Besitze verglichen werden, also auch die Norm für die Entscheidung abgeben; und so wird der factische Zustand, nach welchem sich die Parteirolle in streitigen Fällen richtet, dieses in libertate etc. esse, wie es eigentlich heißt[787]), auch wirklich mit dem Ausdrucke in possessione libertatis etc. esse bezeichnet[788]). Als praktisches Interesse dieser Frage wird bezeichnet: ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse, petitoris partes sustinere[789]), und daß der Beklagte von der Klage entbunden wird, wenn der Kläger den Beweis seiner Klage nicht erbringt, sollte er auch selbst nichts erwiesen oder das in Anspruch genommene Recht nicht haben[790]). Diese Stellen sind in Verbindung mit den vorigen zur Unterstützung des Satzes gebraucht worden, in dem das hier von den possessores Gesagte auf die Besitzer überhaupt in der obgedachten Art und Weise angewendet wurde. Die römischen Juristen reden aber hier weder von einer Vermuthung aus dem Besitze, noch von den Besitzern an sich, sondern nur von den Beklagten und dem Vortheile, welchen die Besitzer als Beklagte, mithin mit allen anderen Beklagten gemein haben. Eine Vermuthung aus dem Besitze überhaupt ist ebensowenig begründet als aus dem juristischen Besitze; nur den Vortheil der Rolle des Beklagten verschafft der Besitz, was dann allerdings die angegebene Folge hat, die aber nicht als unmittelbar aus dem Besitze hervorgehend zu betrachten ist. Die übrigen oben angedeuteten Ansichten über den Beweis des Klägers bei der Negatorienklage werden jetzt meistens als unrichtig erkannt. Das Bestreben der älteren Zeit, dem Kläger den Beweis bei der Negatorienklage zu erleichtern, erschien als berechtigt eines Theiles insofern als das Leugnen des Eigenthums des sogar im Besitze befind-

786) L. 8. §. 3. D. 8. 5.
787) L. 7. §. 5. D. 40. 12.
788) L. 14. D. 22. 3.
789) L. 15. D. 39. 1.
790) L. 5. pr. D. 7. 6.: vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

lichen Klägers von Seiten des Beklagten, welcher selbst das Eigenthum nicht anspricht, als chicanös erscheint, anderen Theiles insofern, als selbst bei dem Eigenthumsstreite, wo sich der Beklagte im Besitze befindet, der Kläger einen viel leichteren Beweis dadurch hat, daß er die Publiciana in rem actio anstellt, bei welcher er schon mit dem Beweise eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes auslangt. Das Bedürfniß, dem Kläger den Beweis des Eigenthums bei der Negatorienklage zu erleichtern, ist auch jetzt noch vorhanden, und zur Abhilfe desselben stellt sich als geeignetes Mittel dar, daß zum Beweise der Klage aus dem Eigenthum wider theilweise Verletzungen nicht mehr verlangt wird als wider totale Verletzungen, also der Beweis eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes genügt, was zur Annahme einer actio Publiciana negatoria führt[791]). Den bisherigen Ausführungen über den, welcher die Negatorienklage anzustellen befugt sei und über den, gegen welchen sie erhoben werden können soll, sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen: a) es kommt nichts darauf an, ob der Kläger sich im Quasibesitze der Freiheit oder der Beklagte in dem Quasibesitze einer Servitut befindet[792]), weil das Eigenthum in beiden Fällen verletzt werden kann. b) Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob sich der Beklagte in oder bei dieser Eigenthumsverletzung ein Recht und namentlich eine Servitut anmaßt; dies hätte er zum Gegenstande einer Einrede zu machen; deshalb bedarf es auch nicht des Anführens in der Klage, daß sich der Beklagte ein solches Recht anmaße, sondern es genügt das Anführen der verletzenden Handlung in der Klage als Bezeichnung der Veranlassung der Klage. Dagegen kann nicht die bei den Römern übliche Klagformel der Negatorienklage: ius ei non esse, angeführt werden; denn diese hat im römischen Formularprocesse ihren Grund[793]). Die Eigenthumsverletzung braucht nur in einer Verhinderung des Klägers in der Ausübung des unbeschränkten Eigenthums zu bestehen, welche entweder einen dauernden Eingriff in das Eigenthum enthält oder wenigstens durch einen Beweg=

791) Eine Anwendung davon findet sich in den Quellen. Gleichwohl hat dieser von Puchta a. a. O. S. 182 vorgeschlagene Ausweg nicht nur in der Wissenschaft (vgl. Vangerow a. a. O. S. 712 flg. und die dort angeführten Schriftsteller, Sintenis a. a. O. Bd. I, §. 52, S. 523 flg. Hoffmann a. a. O. Bd. II, §. 129, S. 256), sondern auch in der Praxis Anklang gefunden. Er unterliegt auch umsoweniger einem Bedenken, als die Negatorienklage vielfältig auch anderweit analoge Anwendung gefunden hat als utilis actio, wobei man nur beispielsweise an diese Klage erinnert, wodurch der Eigenthümer eines Grundstückes gegen denjenigen auftritt, welcher eine Reallast an diesem Grundstücke zu haben behauptet. Vgl. den Art. Reallasten.

792) L. 5. §. 6. D. 7. 6. L. 6. §. 1. D. 8. 5. Nur hinsichtlich der Früchte ist dies von Einfluß, namentlich bei dem Ususfructus; denn hat der Kläger den Besitz des Gegenstandes, an welchem ein Anderer sich den Nießbrauch beilegt, so kann er Erstattung der Früchte nicht verlangen. L. 5. §. 6. D. 7. 6. Vgl. die weitere Ausführung bei Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 232 flg.

793) Sintenis a. a. O. Bd. I, §. 53, S. 524.

grund veranlaßt ist, welcher eine Wiederholung erwarten läßt[794]). Auch eine blos wörtliche Berühmung eines zustehenden Rechtes zu Verhinderung des Eigenthümers in der unbeschränkten Eigenthumsausübung genügt zur Begründung der Negatorienklage ohne thatsächliche Aeußerung[795]). c) Der Zweck der Klage ist bei einer von dem Beklagten sich angemaßten Servitut Anerkennung der Freiheit des Eigenthums davon, überhaupt Beseitigung des störenden Eingriffes mit den etwa dazu getroffenen Anstalten[796]), den Umständen nach auch Leistung einer Caution wegen Unterlassung künftiger Störungen[797]) und Ersatz des verursachten Schadens[798]). d) Die Klage steht als utilis actio auch dem Emphyteuta, Superficiar und Pfandläubiger zu, wenn sich Dritte an dem Gegenstande ihres Rechtes Eingriffe erlauben[799]).

---

794) Sonst würde gar nicht von einer Beschränkung des Anderen in der ungeschmälerten Ausübung seines Eigenthums gesprochen werden können, sondern nur von Injurien oder vom damnum iniuria datum, und es würde deshalb die Injurienklage, die actio legis aquiliae, das interdictum quod vi aut clam u. s. w. stattfinden. Sintenis a. a. O. Insoweit hat auch Hoffmann a. a. O. Bd. II, S. 225 flg. Recht. Wenn er aber behauptet, daß derjenige nur mit der Negatorienklage belangt werden könne, welcher sich, wenn auch keine Servitut, doch ein dingliches Recht anmaßt, so ist ihm darin nicht beizupflichten; es wird dies zwar häufig der Fall sein; es ist aber nicht nothwendig. Sintenis a. a. O. Sonst könnte z. B. ein nicht bloßes Hinüberneigen einer Mauer in den Luftraum des Nachbars, von welcher der Eigenthümer der Mauer vielleicht noch nicht einmal etwas weiß, als hinreichend zur Begründung der Klage erachtet werden, wie es doch in L. 17. pr. D. 8. 5. geschieht. Aus der dort erwähnten Klagformel: agi oportet, ius non esse, illum parietem ita proiectum in suum esse invito se, folgt nicht, daß der Eigenthümer der Mauer deren Hinüberneigen in den Luftraum des Nachbars als ein Recht beansprucht habe; sondern es genügt eben das bloße Hinüberneigen der Mauer, welches ganz zufällig nach und nach ohne irgend ein Zuthun des Eigenthümers derselben entstanden sein kann, zur Begründung der Klage.

795) Es folgt dies daraus, daß z. B. der Proprietar, auch wenn er besitzt, die Negatorienklage gegen denjenigen, welcher den Usufructus an der Sache zu haben behauptet, anstellen kann. L. 5. §. 6. D. 7. 6. Vgl. auch L. 8. §. 3. L. 14. pr. D. 8. 5. Die weiteren Consequenzen der Negatorienklage, wie Verurtheilung zum Ersatze verursachter Schäden, zur Cautionsleistung wegen künftiger Störungen treten dann freilich nicht ein. Im Falle der bloßen Berühmung eines zustehenden Rechtes wird im heutigen Rechte auch das Rechtsmittel der Provocation ex lege Diffamari gestattet, welches dem Betheiligten den Vortheil gewährt, daß der sich des Rechtes Berühmende zur Klagerhebung gegen ihn genöthigt wird. Ueber die Frage, ob dem Betheiligten zwischen der Negatorienklage und der Provocation die Wahl zustehe oder ob letztere blos subsidiär sei, vgl. den Art. Provocation.

796) L. 12. 14. pr. D. 8. 5. L. 8. C. III. 34. S. Hoffmann a. a. O. S. 234 flg.

797) L. 12. D. 8. 5. L. 5. §. 6. D. 7. 6.

798) L. 4. §. 2. D. 8. 5. L. 5. §. 6. D. 7. 6.

799) Auch dem Vasallen II. F. 8. pr. S. den Art. Lehenrecht Bd. VI, S. 425. Wegen ihrer Ausdehnung auf teutschrechtliche Verhältnisse vgl. z. B. den Art. Reallasten Bd. IX, S. 91 flg.

2) Actio publiciana negatoria[800]). Wegen dieser Klage bezieht man sich auf das bei der negatoria actio Bemerkte.

Von den einzelnen Personalservituten wird in einem besonderen Artikel gehandelt werden[801]). Heimbach sen.

Sequestration (sequestrum)[1]). Sie kommt im römischen Rechte bald als eine Art des Depositum, bald als eine richterliche Verfügung vor, daher die jetzige Eintheilung in freiwillige und nothwendige Sequestration (sequestratio voluntaria s. conventionalis und necessaria). I. Als eine Unterart des Depositum ist sequestrum kurz definirt depositum rei litigiosae, ein Vertrag zweier streitender Parteien, wodurch sie den unter sich streitigen Gegenstand einem Dritten (sequester) unter der Bedingung zur Verwahrung und Aufsicht (custodia) geben, daß derselbe nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreites dem Sieger im Processe überliefert werden solle[2]). Das sequestrum ist regelmäßig ein wahres Depositum, so daß also für die unentgeltliche Uebernahme der Aufsicht von Seiten des Sequesters die Vermuthung ist; es kann aber auch in einen anderen Contract übergehen, z. B. in das Mandat, wenn dem Sequester neben der Aufsicht auch die unentgeltlich zu führende Verwaltung der Sache übertragen wird; wird dem Sequester seine Bemühung vergütet, so geht das Geschäft entweder in einen Dienstmiethvertrag oder einen unbenannten Contract über, je nachdem die Vergütung in baarem Gelde oder in einer anderen Art der Vergeltung besteht. Nach Verschiedenheit des Vertrages, auf welchem das sequestrum beruht, sind auch die aus demselben entstehenden Klagen verschieden, welche sowohl dem Sieger im Processe nach rechtskräftiger Entscheidung der Sache auf Herausgabe der Sache gegen den Sequester, als auch dem Sequester wegen Ersatzes seiner Auslege- und Gegenansprüche gegen den Sieger im Processe zustehen. Die beiderseits zu-

800) Vgl. Puchta, im rhein. Museum Bd. I, S. 182 flg.

801) Das Nähere darüber wird in dem Art. Ususfructus vorkommen.

1) Literatur: Strauss, de sequestrationibus, arrestis et repressaliis. 1737. Trendelnberg, de sequestratione curatius finienda. 1766. Claproth, summarische Processe §. 112 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. 15, S. 233—238. Gönner, Hdbch. des gem. teutschen Processes Bd. IV, Nr. 80. Danz, summ. Processe §. 120 flg. Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilpr. Bd. III, §. 198, S. 126—129. Was Lotz, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIV, S. 143 flg. darüber sagt, ist blos aus einem Entwurfe einer Civilproceßordnung für das Großherzogthum S. Weimar-Eisenach und die Herzogthümer S. Coburg-Gotha und S. Meiningen entlehnt (vgl. Lotz, im Archiv Bd. XIII, S. 432, N. 1), welcher nicht zur gesetzlichen Sanction und Publication gediehen ist.

2) L. 110. D. 50. 16. L. 6. 17. D. 16. 3. L. 9. §. 3. D. 4. 3. L. 5. C. IV. 34. Daß sequester von sequi herstamme, darüber sind Modestin in L. 110. D. 50. 16. und Gellius Noct. Att. Lib. XX. cap. ult. einig, sie weichen aber in dem Grunde, warum sequester von sequi abzuleiten sei, von einander ab. Ersterer sagt: Sequester ... dictus ab eo, quod accurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur; Letzterer sagt: Vocabulum sequester a sequendo factum est, quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur.

stehende Klage erhält hier den Beisatz sequestraria, z. B. actio depositi sequestraria [3]). II. Die Sequestration, welche als richterliche Verfügung erscheint, kann entweder Sicherungsmittel oder Executionsmittel sein und auch ohne Zustimmung der Parteien vom Richter angeordnet werden. 1) Als Sicherungsmittel ist Sequestration diejenige richterliche Verfügung, wodurch eine Person oder Sache zur Abwendung einer für dieselbe in einem anhängigen Rechtsstreite zu besorgender Gefahr, der Einwirkung der streitenden Theile entzogen und einem Dritten zur Verwahrung übergeben wird. Gegenstand dieser Art der Sequestration kann sowohl eine Person [4]), als eine Sache, und zwar letztere eine bewegliche oder unbewegliche, die streitige Sache selbst oder deren Nutzungen sein [5]). Das Gericht kann die Verwahrung entweder selbst übernehmen oder einer anderen Person außer den Streittheilen übertragen. Das letztere ist das gewöhnliche bei unbeweglichen und solchen Sachen, bei denen eine Verwaltung nöthig ist, welche dann zugleich dem Sequester mit übertragen wird; bei den übrigen Sachen ist die gerichtliche Verwahrung die Regel [6]). Für gewisse Fälle ist die Befugniß des Richters zur Anordnung der Sequestration ausdrücklich anerkannt, nämlich a) wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen möchte [7]); b) wenn zu besorgen ist, daß das Vermögen einer Person, für deren Sicherheit der Richter zu sorgen hat, von dessen Besitzer verschwendet oder der streitige Gegenstand während des Processes verschlechtert oder vernichtet werden möchte [8]); c) wenn während des Processes Thätlichkeiten unter den Parteien und gewaltsame Besitzstörungen befürchtet werden [9]); d) wenn sich Mehrere um eine Braut streiten und jeder ein Vorrecht an ihrer Person beansprucht [10]); e) wenn Jemand ein Mädchen als seine Tochter reclamirt und der Beweis darüber schwierig, der Beklagte auch üblen Rufes ist, so daß Gefahr für das Mädchen, wenn es bei ihm bleibt, zu besorgen ist [11]); f) wenn sich eine Witwe für schwanger ausgiebt oder im Falle einer Ehescheidung der Ehemann Grund hat, Schwangerschaft der Frau zu vermuthen [12]). Es ist aber kein Grund vorhanden, die Sequestration auf diese Fälle zu beschränken, da ähnliche Fälle drohen-

---

3) L. 12. §. 2. D. 16. 3. Auch heißt die Klage auf Herausgabe schlechthin sequestraria actio. L. 9. §. 3. D. 4. 3., wobei an die deposit. actio zu denken ist.

4) Tit. Dig. de inspiciendo custudiendoque partu 25. 4. L. 3. §. 4.—6. D. 43. 30. Cap. 8. X. II. 13. Cap. 14. X. IV. 1.

5) Cap. 1—3. X. II. 17. Gönner a. a. O. S. 371

6) Gönner a. a. O. S. 371.

7) L. 7. §. 2. D. 2. 8.

8) L. 22. §. 8. D. 24. 3. L. 21. §. 3. D. 49. 1. Cap. 2. 3. X. II. 17.

9) L. 9. C. II. 4.

10) L. 14. X. IV. 1.

11) L. 3. §. 6. D. 43. 30.

12) L. 1. pr. §. 10. D. 25. 4.

der Gefahr vorkommen können, die die Anordnung der Sequestration als einer blos provisorischen Verfügung rechtfertigen, wenn kein anderes die Rechte des Besitzstandes weniger beschränkendes Mittel ausreicht[13]). Diese subsidiäre Stellung der Sequestration zu anderen Sicherheitsmaßregeln, welche sie mit der Arrestverhängung theilt, hat darin ihren Grund, daß sie nicht nur, wie jede provisorische Verfügung, von der Regel abweicht, sondern auch die Rechte des Besitzstandes und den Grundsatz, daß während eines anhängigen Processes nichts zu verändern sei, am meisten verletzt. So lange also einer Gefahr durch irgend ein gelinderes Mittel vorgebeugt werden kann, findet keine Sequestration statt. Daher ist bei Verschlechterung des streitigen Gegenstandes erst Inhibition, dann eine durch Strafe geschärfte Inhibition und erst, wenn diese fruchtlos ist, Sequestration anzuordnen. Bei Administrationen setzt man erst Mitverwalter und Aufseher, ehe man die Sache selbst in Sequestration zieht. Ueber die Grenzen der Gefahr ist die Sequestration nicht auszudehnen. Bei einer nur die Früchte betreffenden Gefahr würde es daher nicht zu rechtfertigen sein, die Sache selbst aus den Händen des Besitzers zu nehmen, außer wenn diese Besitzentziehung als Bedingung des Fruchtbezuges zu betrachten ist. Umgekehrt darf, wo es blos auf Sicherung der Sache ankommt, dem Besitzer der Fruchtbezug nicht entzogen werden. Die bloße Möglichkeit, daß der Besitzer, der wahrscheinlich zum Ersatze der Früchte zu verurtheilen sein wird, die Früchte durchbringe und der künftige Sieger im Processe deshalb keine Sicherheit bei ihm finde, kann keinen Grund zur Anordnung einer Sequestration hinsichtlich der Früchte abgeben[14]). Die Kosten einer als Sicherungsmaßregel verhängten Sequestration trägt, wenn die Maßregel durch Verschulden der Impetraten nothwendig geworden ist, z. B. durch Verschlechterungen, Verschleuderungen, der Impetrat; ist sie aber ohne Verschulden des Impetraten blos zur Sicherung der Rechte des Impetranten auf dessen Antrag vom Richter verfügt worden, so fallen die Kosten derselben dem Impetranten zur Last, weil jeder die durch seine Anträge verursachten Kosten tragen muß, wenn nicht besondere Gründe, solche dem Gegner aufzuerlegen, vorliegen, woran es hier fehlt, da der Impetrant von solchen Sequestrationen allein Vortheil hat und auf den Zweck keinen Anspruch machen kann, wenn er es an den Mitteln zu dessen Erreichung fehlen läßt[15]). Uebrigens sind die von provisorischen Verfügungen überhaupt geltenden

13) Gönner a. a. O. S. 378—383. Nur die Sequestration einer Geldsumme, welche aus einem Contracte gefordert wird, ist, so lange der Schuldner nicht überführt ist, untersagt. L. un. C. IV. 4. S. Mühlenbruch, Pandekten Bd. II, §. 389.

14) Gönner a. a. O. A. M. ist Claproth, summ. Processe §. 112. Allein die Gesetze fordern ausdrücklich ein populari, dissipare der Früchte von Seiten des Besitzers zur Verhängung der Sequestration der Früchte. L. 21. §. 3. D. 49. 1. Cap. 2. 3. X. II. 17.

15) Gönner a. a. O. S. 387 flg.

Grundsätze auch auf Sequestrationen anwendbar[16]. 2) Als Executionsmittel enthält die Sequestration mehr eine Schonung des Schuldners, während sie als Sicherungsmittel zum besonderen Schutze des Gläubigers dient. Als Executionsmittel wird die Sequestration verfügt, um den Gläubiger zu befriedigen; sie ist dann immer mit einer Verwaltung verbunden und setzt eine fruchtbringende Sache voraus, und entweder ein rechtskräftiges Erkenntniß oder ein solches Erkenntniß, welches durch ein der Suspensivkraft mangelndes Rechtsmittel angefochten worden ist. Ihr Zweck ist Befriedigung des Gläubigers aus den Nutzungen einer Sache, um die Sache selbst dem Schuldner zu erhalten. Sie kann leichter bei Forderungen, für deren Sicherheit eine fruchtbringende Sache, gleichviel ob sie natürliche oder bürgerliche Früchte hervorbringt, haftet, verfügt werden, als da, wo dies nicht der Fall ist, weil im ersten Falle der Gläubiger ein Recht auf den Besitz und Fruchtbezug hat, um sich zunächst aus den Früchten zu befriedigen, während im letzteren Falle der Gläubiger dadurch benachtheiligt wird, daß er, anstatt durch die Hilfsvollstreckung wegen seiner ganzen Forderung befriedigt zu werden, hier Stückzahlungen, wie sie durch die Sequestration erübrigt werden, sich gefallen lassen muß. Da er in der Regel zu letzterem nicht genöthigt werden kann, so kann eine Sequestration als Executionsmittel nur dann stattfinden, wenn der Gläubiger hinsichtlich seiner Befriedigung durch Vertrag ausdrücklich auf die Früchte beschränkt ist oder wenn nur rückständige Zinsen zu bezahlen sind oder wenn die Substanz einer Sache wegen Unveräußerlichkeit derselben nicht angegriffen werden darf, mithin die Execution sich nur auf die Nutzungen zu beschränken hat[17]. Die bloße Gewißheit, daß dem Schuldner das Hauptgut ohne Schaden des Gläubigers durch eine Sequestration der Früchte und ihre Verwendung zur Zahlung des Gläubigers erhalten werden könne, reicht zur Anordnung dieser Art der Sequestration nicht hin[18], weil der Gläubiger zur Annahme von Stückzahlungen nicht gezwungen werden kann. Die Kosten der Sequestration als Executionsmittel trägt jederzeit der Schuldner, entweder weil er durch seinen Verzug die Sequestration veranlaßte oder weil, wenn auch der Gläubiger in dieselbe willigt, sie lediglich zum Vortheil des Schuldners gereicht, weil sie das Mittel ist, ihm durch Verwendung der Früchte die Haupt=

16) Gönner a. a. O. S. 388 flg.

17) Gönner a. a. O. S. 383 flg. Die von Gönner a. a. O. S. 385 angeführte Rechtswohlthat der Competenz kann zur Sequestration des schuldnerischen Vermögens nur dann führen, wenn diese Rechtswohlthat dem Schuldner, wie es nach manchen Partikulargesetzen bei gewissen Personen der Fall ist, gegen alle Gläubiger ohne Unterschied zusteht; steht sie blos im Verhältnisse zu einem einzelnen Gläubiger, welcher Befriedigung sucht, zu, so kann sie die Execution in die Substanz des Vermögens nicht hindern; nur das kann der Schuldner verlangen, daß ihm so viel gelassen werde, als zu seinem Unterhalte erforderlich ist.

18) A. M. ist Gönner a. a. O. S. 385.

sache zu erhalten. — Das Verfahren bei der Sequestration als Sicherungsmittel richtet sich im ganzen nach den bei Anordnung der provisorischen Verfügungen überhaupt gewöhnlichen[19]). Insbesondre ist folgendes zu bemerken. Nach dem Grade der vorhandenen und bescheinigten Gefahr hat der Richter zu ermessen, ob und wie eine Sequestration entweder sofort oder erst nach vorgängiger Vernehmung des Impetraten anzuordnen sei. Dem Impetraten steht es frei, Einreden gegen die Zulässigkeit der Sequestration überhaupt, im wesentlichen dieselben, wie gegen eine Arrestverfügung und die Art und Weise wie sie beantragt, bezüglich etwa schon angeordnet ist, vorzubringen oder sich zur Leistung einer Caution, zur Abwendung der Sequestration, zu erbieten. Bei sofortiger Liquidität vorgeschützter Einreden ist die Sequestration aufzuheben; außerdem sowie bei dem Erbieten des Impetraten zur Cautionsleistung ist unter einstweiliger Fortdauer der etwa schon vergefügten Sequestration der Impetrant erst zu hören, und nachdem der Impetrat über dessen Erwiederung gehört worden ist, welche Verhandlung eine summarische sein muß, vom Richter zu entscheiden. Ebenso wird verfahren, wenn im Verlaufe der Sache der Impetrat wegen Veränderung der Umstände Aufhebung der Sequestration beantragt. Ueber diesen Antrag ist der Impetrant mit seinen Einwendungen zu hören und nach vollständigem Gehör beider Theile vom Richter zu erkennen. Das Erkenntniß, wodurch die Fortdauer der angeordneten Sequestration ausgesprochen wird, schließt eine Beschwerde an den höheren Richter nicht aus; denn wenn es, insoweit die Rechtskraft nicht beschreitet, als es auf neue Vorstellung oder unter veränderten Umständen immer wieder aufgehoben werden kann, so kann doch daraus nicht die Unzulässigkeit einer Beschwerde an den höheren Richter gefolgert werden, die ja überhaupt begründet ist, sobald durch einen Act der richterlichen Reflexion die Rechte einer Partei nach vorgängigem Gehör derselben verletzt werden[20]). Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen solche Erkenntnisse ist auch ausdrücklich in den Gesetzen anerkannt[21]); nur haben diese Rechtsmittel keine Suspensivkraft. — Noch ist bei der Sequestration zu bemerken, daß bei der freiwilligen Sequestration der Besitz als auf den Sequester übertragen erscheint, daher die Besitzzeit des Sequesters keiner der Parteien gegen einander zu Statten kommt; gegen Dritte aber wird die Besitzzeit des Sequesters dem Sieger im Processe bei der Usucapion angerechnet[22]).

Heimbach sen.

---

19) Vgl. Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 79, §. 15, S. 320—329.

20) Gönner, Hdbch. Bd. IV, Nr. 80, §. 13, S. 388 flg.

21) Cap. I. X. II. 17.

22) L. 17. §. 1. D. 16. 3. L. 39. D. 41. 2. Einen Widerspruch enthalten beide Stellen nicht. Erstere setzt als regelmäßige Folge der Sequestration voraus, daß der Besitz dem Sequester übertragen werde; letztere macht allerdings einen Unterschied, ob die Deposition bei dem Sequester omittendae possessionis causa oder blos custodiae causa geschehen sei, allein auch im letzteren Falle besitzt der Sequester; denn da vorher von possessio eius die Rede ist, so kann das eam

Solutio [1]). Dieser Ausdruck bedeutet im weitesten Sinne jede Auflösung eines Obligationenverhältnisses, Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit [2]), im engeren Sinne die Befreiung, welche durch Befriedigung des Gläubigers, geschehe sie auf welche Art sie wolle, erfolgt [3]); im engsten Sinne bedeutet es die wirkliche Erfüllung des Inhaltes der Obligation, die Leistung des schuldigen Objectes, Zahlung [4]); der Ausdruck Zahlung wird noch ganz besonders von der Abtragung von Geldschulden gebraucht. Die Bedeutung von Erfüllung ist die gewöhnliche [5]). Die natürliche Bestimmung eines jeden Obligationsverhältnisses ist, daß es in Erfüllung gehe, d. h. daß dem Gläubiger die Leistung zu Theil werde, worauf das Obligationsverhältniß gerichtet ist. Der Gegenstand der Erfüllung ist identisch mit dem der Obligation und es muß jede obligatorische Zusage genau und wörtlich ihrem Inhalte nach erfüllt werden. Auf die Person dessen, durch welchen die Erfüllung geschieht, kommt in der Regel nichts an; sie kann durch Dritte geschehen, wenn nicht entweder vermöge besonderer Verabredung der Schuldner in Person erfüllen muß oder die Leistung von der Art ist, daß sie nur durch den Schuldner in Person bewirkt werden kann [6]). Die Leistung eines anderen Gegenstandes anstatt des schuldigen (aliud pro alio) ist ebensowenig ohne Zustimmung des Gläubigers zulässig [7]) als theilweise Leistung des Gegenstandes, wenn derselbe seiner Natur nach ganz und auf einmal gefordert werden kann [8]). Auch der Gläubiger darf nicht etwas Anderes als den Gegenstand der Obligation verlangen; wohl aber darf er einen Theil seiner Forderung geltend machen, wenn

---

possessionem auch nur von dem Besitze des Sequesters, also von einer wirklichen juristischen possessio desselben verstanden werden. Vgl. Stephani index L. 17. §. 1. D. 16. 3. im Sch. Ὁ παραθέμενος Basil. ed. Heimb. T. II. p. 49. und von den Neueren Savigny, Recht des Besitzes S. 346 flg. Schröter, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 266 flg. Roßhirt, im Archiv für civil. Praxis Bd. 21, S. 245 flg. Pfeiffer, was ist Besitz S. 88 flg., 118. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, §. 112, N. 64, S. 559 flg.

1) Quellen: Tit. de solutionibus et liberationibus Dig. 46. 3. Cod. VIII. 42. (43.) Vgl. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I, S. 221 flg., 460 flg. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. II, S. 148 flg., 385 flg. Letzterem sind wir hauptsächlich gefolgt.

2) L. 54. D. 46. 3. L. 47. D. 50. 16.

3) L. 176. D. 50. 16.

4) L. 176. D. 50. 16.

5) Vgl. pr. Inst. III. 28. L. 49. 107. D. 46. 3.

6) L. 31. pr. D. 46. 3.

7) L. 2. §. 1. fin. D. 12. 1. L. 16. C. VIII. 42. (43.) L. 11. §. 25. D. 32. Wenn in §. 35. Inst. IV. 6. dem Gläubiger, der seine Klage auf einen anderen Gegenstand als den wirklich geschuldeten richtet oder aus einem anderen Klaggrunde als dem in der That vorhandenen klagt, die Verbesserung des Irrthums in eodem iudicio gestattet wird, so ist diese processualische Bestimmung mit den jetzt bestehenden Grundsätzen über Klagänderung unvereinbar und daher nicht anwendbar.

8) Vgl. den Artikel Obligatio Bd. VII, S. 427 flg.

sie vermöge ihres Inhaltes eine Theilung zuläßt; will aber der Schuldner das Ganze leisten und lehnt deshalb theilweise Leistung ab, so muß der Gläubiger sich die Leistung des Ganzen gefallen lassen und kann nicht auf theilweiser Leistung bestehen. Die Nothwendigkeit der Erfüllung in der der Obligation entsprechenden Weise erleidet theils nähere Bestimmungen in der Berücksichtigung der Möglichkeit, sie gerichtlich zu erzwingen, theils Modificationen in Betracht der eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung. Das erstere kommt in Betracht, wenn der rechtliche Zweck der schuldigen Handlung ohne den Willen des Schuldners durchaus nicht zu erreichen ist; solchenfalls ist die Erfüllung insofern vom Schuldner abhängig, als der Gläubiger bei beharrlicher Weigerung des Schuldners zu erfüllen, nicht zur Erfüllung gelangen wird, sondern sich mit einem Surrogate der geschuldeten Handlung, dem Interesse, begnügen muß. Der Gläubiger kann dann, wenn er nicht sofort auf das Interesse klagen will, zwar auch auf die schuldige Handlung klagen und auch die Verurtheilung wird darauf gerichtet; die Execution kann aber auch nur auf das Interesse geschehen und wenn der Gläubiger dieses erlangt hat, wird die Erfüllung als eingetreten angesehen; in den Fällen hingegen, wo der rechtliche Zweck einer Obligation ohne positive Willensäußerung des Schuldners erreicht werden kann, wird die Erfüllung vom Richter durch äußere Gewalt erzwungen. Die eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung kann zu Modification der Erfüllung in den beiden besonderen Beziehungen führen, einmal wenn der Schuldner eine Sache leisten soll, welche er nicht hat und nicht schaffen kann, wohl aber Geld und Geldeswerth besitzt, und zweitens wenn er Geld leisten soll und zwar nicht dieses, wohl aber Sachen hat. 1) Soll der Schuldner eine Sache leisten, welche er nicht hat und nicht schaffen kann, und es mangelt an Gründen zur Forderung des vollen Interesse wegen Ausbleibens der Leistung, also der Schuldner ist weder im Verzuge, noch sonst in culpa, so tritt an die Stelle der Sache deren absoluter Werth[9]), mit dessen Leistung der Obligation als genügt angesehen wird. Ein Ersatz dieser Art kann in der Natur des durch ein gewisses Rechtsinstitut entstandenen Verhältnisses begründet sein, nämlich wenn der Schuldner zwar eigentlich zur Zurückgabe einer empfangenen Sache verpflichtet ist, dennoch aber zu einem solchen Gebrauche derselben befugt ist, wodurch die Sache verbraucht oder verzehrt wird oder werden kann, oder wenn es nur auf Sicherung des wahren Werthes der Sache für den Gläubiger ankommt, wie bei dem Quasiususfructus und bei der Uebergabe von Dotalsachen, welche venditionis gratia taxirt sind[10]). Die meisten Fälle, in welchen mit der Leistung des absoluten Sachwerthes der Obligation eine Genüge geschieht, beruhen auf der Rücksicht, daß die Leistung des vollen

---

9) Vgl. den Artikel Schade, Schadenersatz.
10) L. 10. §. 6. L. 69. §. 7. D. 23. 3.

Interesse dem Schuldner einen im Vergleiche zu dem Grunde seiner Verpflichtung ganz unverhältnißmäßigen Nachtheil zuziehen würde, z. B. wenn Jemand, wie ein Gastwirth und Schiffer, für Schaden, welchen Dritte fremden Sachen zufügen oder für Sachen, welche nicht durch ihn verloren gegangen sind, oder wenn der Eigenthümer für Schaden, den sein Thier angerichtet hat, haften muß, oder wenn ein Erbe vermöge letzten Willens einem Legatar eine einem Dritten, nicht dem Erblasser oder ihm selbst, gehörige Sache verschaffen oder dieselbe Sache an zwei verabreichen soll [11]). Sind in diesen Fällen Ort und Zeit auf den Werth der Sache von Einfluß, so ist auch die Taxe darnach einzurichten [12]). 2) Der Schuldner einer Geldsumme, welcher kein Geld schaffen kann, darf, wenn er in der Lage ist, daß ihm die Nothwendigkeit der cessio bonorum droht, er jedoch auch diese beanspruchen darf, zur Abwendung der Güterabtretung dem auf Zahlung dringenden Gläubiger anbieten, und wenn dieser nicht noch Frist gewähren will, fordern, daß derselbe aus des Schuldners beweglichem Vermögen Sachen auswähle, um sie nach vorhergehender gerichtlicher Taxe an Zahlungsstatt anzunehmen (sog. beneficium dationis in solutum). Hinsichtlich des Weiteren verweist man auf die bereits erschienenen diesen Gegenstand betreffenden Artikel [13]). Eine vorübergehende Anwendung des im römischen Rechte über diese Rechtswohlthat Geordneten auf die während des 30jährigen Krieges contrahirten Geldschulden findet sich in der teutschen Reichsgesetzgebung [14]). — Nicht weniger wichtig als der objective Inhalt und Umfang der Erfüllung, sind für den rechtlichen Charakter dieses Begriffes der Ort und die Zeit der Erfüllung.

I. Ort der Erfüllung [15]). Der Ort der Leistung ist bisweilen durch den Gegenstand derselben nothwendig und unabänderlich bestimmt, wie bei allen sich auf unbewegliche Sachen beziehenden Leistungen factischer Art [16]); im übrigen, d. h. sowohl in Ansehung der auf Immobilien sich beziehenden Leistungen rechtlicher Art, wie der Vollziehung von Rechtsgeschäften und Bestellung oder Uebertragung von Rechten, soweit solche ohne Uebergabe stattfinden kann, indem die Uebergabe an dem Orte, wo die Immobilien liegen, möglich ist [17]), als hinsichtlich aller anderen Leistungen jeder Art hängt die Bestimmung des Ortes für die

---

11) L. 33. L. 71. §. 3. D. 30.

12) Vgl. den Artikel Schade, Schadenersatz.

13) Vgl. den Art. Beneficium dationis in solutum Bd. I, S. 884 flg. und den Art. Datio in solutum Bd. III, S. 244 flg.

14) J. Reichsabsch. §. 172. Vgl. Marezoll in Löhr, Magazin Bd. IV, S. 245. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I, S. 363, N. c.

15) Dig. XIII. 4. Cod. III. 18. Vgl. besonders Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VIII, §. 370, 371, S. 205—246 und Obligationenrecht Bd. I, §. 49, S. 508—516.

16) Savigny a. a. O. Bd. VIII, S. 213.

17) Savigny a. a. O. Bd. VIII, S. 213.

Leistung von der Willkür ab. Eine positive Beschränkung dieser Willkür tritt insofern ein, als wenn für die Leistung ein unschicklicher Ort gewählt worden wäre, daraus Zweifel gegen die Ernstlichkeit des Willens entstehen müßten[18]; eine negative Beschränkung findet insofern statt, als, wenn der Begriff der Bestimmtheit einer concreten Leistung die Bezeichnung des Ortes derselben verlangt, ohne diese Bezeichnung die Obligation wegen Unbestimmtheit ungiltig ist[19]. a) Ist nun für eine Leistung die Bestimmung des Ortes der freien Willkür überlassen, ein Ort aber nicht bestimmt worden, so kann die Erfüllung in der Regel an jedem nach den Umständen für schicklich und passend zu achtenden Orte erfolgen[20]. Jedoch erleidet diese Regel folgende nähere Bestimmungen: 1) durch die Umstände, die Natur oder den Gegenstand der Leistung kann der Ort derselben stillschweigend bestimmt werden oder als vorausgesetzt erscheinen[21]; es ist dies meistens factischer Natur, in streitigen Fällen also Gegenstand der Auslegung der Verträge und des Willens insbesondre. Positiv ist nur bei Leistungen an einem bestimmten Orte befindlicher fungibler Sachen bestimmt, daß die Erfüllung durch Uebergabe an einem bestimmten Orte vorausgesetzt wird[22]. Nicht als Momente, welche an sich auf eine stillschweigende Bestimmung als Erfüllungsort schließen ließen, können gelten der Wohnort des Schuldners oder der Ort der Entstehung der Obligation, so daß nicht der Ort des Empfanges auch als Ort, wo die Zurückgabe erfolgen müsse, anzusehen ist[23]; wohl aber können andere Umstände in Verbindung mit ihnen den Schluß darum rechtfertigen, weil ihnen oder der Natur des Geschäftes gemäß einer jener beiden Orte von beiden Seiten als

18) Sintenis a. a. O. S. 174, N. 1 folgert dies mit Recht mehr aus allgemeinen Grundsätzen; denn L. 39. D. 46. 3. setzt nur für das Anerbieten der Leistung locus opportunus voraus, bietet aber eine passende Analogie dar.

19) L. 2. §. 5. D. 13. 4. L. 95. 115. pr. D. 45. 1. Vgl. Sintenis a. a. O. §. 83, Art. 41, 43, S. 26 flg.

20) L. 39. D. 46. 3. Als solche passende Orte werden aber nur dieselben betrachtet werden können, an welchen der Gläubiger von seiner Seite hätte klagen können, also der eigene Wohnsitz des Schuldners und der Ort, an welchem ein besonderer Gerichtsstand für die Obligation begründet ist. Zwischen beiden Orten hat der Schuldner, so lange er nicht verklagt ist, die Wahl. Savigny, Obligationenrecht Bd. I, S. 515.

21) Arg. L. 47. pr. D. 30. verb.: vel ubi verisimile est eum voluisse. Vgl. N. 27.

22) L. 3. §. 4. D. 19. 1. verb.: nam quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet. Vermachte bewegliche Sachen sind an dem Orte zu leisten, wo sie sich befinden, und nur dann an dem Orte der erhobenen Klage, wenn der Erbe sie böslicher Weise verschleppt hat. L. 38 D. 5. 1. Für die aus Obligationen geschuldeten beweglichen Sachen ist das Gegentheil verordnet in L. 137. §. 4. D. 45. 1.

23) Vgl. L. 12. §. 1. D. 16. 3., wo ausdrücklich gesagt wird, die deponirte Sache sei da zu restituiren, wo sie sich ohne dolus malus des Depositars befindet, nicht da, wo sie doponirt wurde. S. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 18.

Erfüllungsort stillschweigend beabsichtigt oder vorausgesetzt werden darf[24]). 2) Der Schuldner ist nur so lange an jedem den Umständen nach schicklich und passend erscheinenden Orte zu erfüllen berechtigt, als er nicht auf die Leistung verklagt worden ist; sonst muß die Erfüllung am Orte der erhobenen Klage geschehen[25]); die Wahl des Ortes der Klagerhebung steht dem Gläubiger frei[26]), natürlich mit der Beschränkung, daß er nur da klagen darf, wo ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist[27]). Sind aber bestimmte Sachen Gegenstand der Leistung,

24) So wird als Ort, wo die dos der Frau zu restituiren ist, der Wohnort des Ehemannes angesehen. L. 65. D. 5. 1. Ferner ist z. B. bei Handwerkern oder Gewerbtreibenden, welche ihre Geschäfte an einem Orte, wo sie wohnhaft sind, betreiben, im Zweifel ihr Wohnort als Ort der Erfüllung der von ihnen geschuldeten Leistungen anzunehmen, so daß also Auswärtige sie dort in Empfang zu nehmen haben. Ebenso dürfen die aus Verleihen von Sachen ein Gewerbe machenden Personen voraussetzen, daß der Ort der Uebergabe auch der Ort der Zurückgabe sein solle. Nicht minder ist bei hypothekarisch auf Grundstücken versicherten Kapitalien, bei denen das Partikularrecht fast überall gerichtliche Eintragung und Bestätigung sowie bei der Rückzahlung Quittung und Einwilligung in die Löschung des Pfandrechtes verlangt, als Ort der Rückzahlung der Ort des Gerichtes anzunehmen. Sintenis a. a. O. S. 174, N. 5. Vgl. auch N. 27.

25) L. 1. D. 33. 1. L. 3. D. 13. 4. L. 22. D. 12. 1.

26) L. 1. D. 33. 1.

27) Es hängt dies mit der Frage zusammen, wo der Gerichtsstand der Obligation begründet ist. Vgl. darüber besonders Savigny, System Bd. VIII, §. 370, 371, S. 205 flg. Obgleich bereits in dem Artikel Gericht Bd. IV, S. 559 flg. des forum contractus und gestae administrationis gedacht worden ist, erlauben wir uns doch folgendes nach Savigny nachzutragen. Der Entstehungsgrund einer Obligation, der an sich zufällig, vorübergehend, dem Wesen der Obligation, ihrer ferneren Entwickelung und Wirksamkeit fremd ist, kann für die Bestimmung des besonderen Gerichtsstandes der Obligation nicht als Anhalt dienen; es bedarf dazu der Verbindung des Entstehungsgrundes mit äußeren ihm fremdartigen Umständen, durch welche eine bestimmte Erwartung der Parteien gerade auf diesen Ort gerichtet werden möchte. Anders ist es mit der Erfüllung, die mit dem eigensten Wesen der Obligation zusammenfällt und auf welche die ganze Erwartung der Parteien gerichtet ist, daher es im Wesen der Obligation liegt, daß der Ort der Erfüllung als Sitz der Obligation gedacht und daß an diesen Ort der besondere Gerichtsstand der Obligation durch freie Unterwerfung verlegt werde. Die gewöhnliche Lehre versetzt den besonderen Gerichtsstand der Obligation an den Ort, an welchem die Obligation entstanden ist, mithin, da die meisten Obligationen aus Verträgen entstehen, an den Ort, wo der Vertrag geschlossen ist, woraus der nicht quellenmäßige Kunstausdruck forum contractus für den besonderen Gerichtsstand der Obligation entstanden ist. Andere Schriftsteller knüpfen den Gerichtsstand der Obligation vielmehr an den Erfüllungsort. Darüber, daß, wenn dieser durch den Willen der Parteien bestimmt ist, an diesem Orte der Gerichtsstand der Obligation anzunehmen sei, herrscht allgemeines Einverständniß und es wird dies durch deutliche Aussprüche der Quellen bestätigt. L. 19. §. 4. D. 5. 1. L. 1. 2. 3. D. 42. 5. L. 21. D. 44. 7. cap. 17. X. II. 2. Da aber der Fall der ausdrücklichen Bestimmung des Erfüllungsortes gerade der seltenere ist, so entsteht in den meisten Fällen die Frage, welcher Ort in Ermangelung einer solchen ausdrücklichen Bestimmung als Erfüllungsort und daher zugleich als besonderer Gerichtsstand der Obligation anzunehmen sei. Nach der Ansicht mancher Juristen soll darüber der Grundsatz

welche ohne dabei thätig gewesene Arglist des Schuldners sich nicht an dem Orte der erhobenen Klage befinden, so ist ihre Leistung an dem

---

gelten, daß in Ermangelung des Privatwillens das Gesetz entscheide, so daß es für jede Obligation stets einen fest bestimmten Erfüllungsort giebt, der entweder auf dem besonderen Willen der Parteien oder, in dessen Ermangelung, auf gesetzlicher Vorschrift beruht und zugleich den besonderen Gerichtsstand der Obligation bestimmt. Nach der richtigeren Ansicht von Savigny hingegen wird der Erfüllungsort stets durch den besonderen Willen der Parteien bestimmt; dieser Wille kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; in beiden Fällen bestimmt er zugleich den besonderen Gerichtsstand der Obligation, welcher stets auf freier Unterwerfung beruht. Die meisten Handlungen, welche als Gegenstände der Obligation vorkommen können, sind von der Art, daß sie an jedem Orte vorgenommen werden können, wie persönliche Dienstleistungen, Bearbeitung beweglicher Sachen, Besitzübertragung beweglicher Sachen, insbesondre Geldzahlungen. Für solche Handlungen kann ein bestimmter Erfüllungsort nur durch wörtliche Bezeichnung des Ortes, wo sie geschehen sollen, festgesetzt werden. Andere Handlungen dagegen sind schon ihrer Natur nach so ausschließlich an einen einzelnen Ort gebunden, daß sie nur an diesem gedacht werden können, wie alle auf Immobilien sich beziehenden Leistungen factischer Art sowie Uebergabe eines Grundstückes, was alles nur an dem Orte, wo das Grundstück liegt, vorgenommen werden kann. In den weit häufigeren und sehr mannigfaltigen Fällen, wo ein festbestimmter Erfüllungsort der Obligation nicht vorhanden ist, welche Fälle sich nur auf Handlungen beziehen können, deren Vornahme überall möglich ist und nicht mit einer bestimmten Oertlichkeit zusammenhängt, ist zu untersuchen, an welchem Orte die Parteien der Erfüllung gedacht und dieselbe erwartet haben mögen, und dieser Ort ist als der wahre Sitz der Obligation und als ihr besonderer Gerichtsstand zu betrachten, indem in jener durch die Umstände begründeten Erwartung eine stillscheigende Feststellung des Erfüllungsortes, also auch eine stillschweigende Unterwerfung des Beklagten unter den Gerichtsstand dieses Ortes enthalten ist. Bei denjenigen Obligationen, welche aus einer fortgesetzten zusammenhängenden Thätigkeit des Schuldners, welche stets einen längeren Zeitraum erfüllt und zugleich mit einer bestimmten Oertlichkeit in Verbindung steht, bestehen, eine Thätigkeit, welche im Laufe der Zeit mehr oder weniger einzelne Obligationen hervorzubringen pflegt und mit dem gemeinsamen Namen der Geschäftsführung bezeichnet werden kann, z. B. bei der Tutel und cura, Besorgung der Geschäfte eines Anderen, sei es aller seiner Geschäfte oder einer gewissen Klasse derselben, möge diese Besorgung auf Vertrag oder negotiorum gestio beruhen, wird ein besonderer Gerichtsstand der Obligation an dem Orte der Geschäftsführung begründet. L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. D. 5. 1. L. 4. §. 5. D. 2. 13. L. 54. §. 1. D. 3. 3. L. 1. 2. C. III. 21. Bei den Obligationen, welche auf Handlungen, die überall vorkommen können, gerichtet sind und zugleich aus einzelnen vorübergehenden Handlungen entspringen, sind folgende Fälle möglich: a) Hat der Schuldner an seinem Wohnorte eine Obligation übernommen, so unterwirft er sich dem Gerichte dieses Ortes als dem besonderen Gerichtsstande dieser Obligation; der besondere Gerichtsstand der Obligation, der hier mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnortes zusammenfällt, muß aber doch wegen der Fälle möglicher Veränderungen von letzterem unterschieden werden. Denn im Falle willkürlicher Veränderung des Wohnortes von Seiten des Schuldners oder seines Ablebens erlischt zwar sein bisheriger Gerichtsstand des Wohnortes als solcher; allein er dauert in der Eigenschaft als besonderer Gerichtsstand der Obligation fort, daher der Auswandernde dort belangt werden kann, sowie auch der Erbe des Schuldners, wenn auch gleich der Erbe einen anderen Wohnort hat. L. 19. pr. D. 5. 1. L. 2. C. III. 13. b) Auch außerhalb seines Wohnortes kann Jemand

Orte, wo sie sich zur Zeit der Erhebung der Klage befinden, zulässig; doch kann der Kläger auch in diesem Falle die Leistung am Orte der Klage verlangen, wenn er die Transportkosten und die Gefahr bei der Herbeischaffung tragen will [28]). b) Ist der Ort der Erfüllung bestimmt worden, so bewendet es dabei und der Gläubiger kann die Erfüllung an

als Schuldner in eine Obligation eintreten unter Umständen, welche die natürliche Erwartung erregen, daß der Entstehungsort der Obligation zugleich ihr Erfüllungsort sein werde. Eine solche Erwartung erregt derjenige, welcher außerhalb seines Wohnortes ein gewerbliches Geschäft von einiger Dauer begründet und dabei Einrichtungen trifft, die annehmen lassen, daß er die daselbst verkauften Waaren auch eben dort abliefern werde. Er unterwirft sich dadurch dem besonderen Gerichtsstande der Obligation an dem Orte des geschlossenen Vertrages. L. 19. §. 2. D. 5. 1. Aber nicht blos das erwähnte gewerbliche Verhältniß kann Bedingung eines Gerichtsstandes der Obligation sein; es ist nur Beispiel eines solchen. Bei Abschließung von Verträgen während eines Aufenthaltes außer dem Wohnorte muß aus dem Inhalte abgeleitet werden, welches die wahrscheinliche Absicht der Parteien über die Erfüllung gewesen ist. So kann bei einem Beamten, welcher wegen eines Amtsgeschäftes längere Zeit an demselben Orte sich aufhält und dort Schulden, welche sich auf seinen täglichen Lebensunterhalt beziehen, wirkt, an der Begründung des besonderen Gerichtsstandes der Obligation an diesem Orte nicht gezweifelt werden. Bei Verträgen über Handelsgeschäfte hingegen während des Aufenthaltes an einem Badeorte, deren weitere Entwickelung nur von der Heimath aus zu erwarten ist, kann ein solcher Gerichtsstand am Orte des geschlossenen Vertrages nicht angenommen werden. Da hier alles von der wahrscheinlichen Absicht der Parteien abhängt, so kann nach den Umständen schon durch einen sehr kurzen Aufenthalt jener Gerichtsstand begründet werden, z. B. gegen einen Reisenden, welcher im Gasthause seine Rechnung nicht bezahlen will, da hier sofortige Erfüllung allgemein üblich ist. c) Reichen alle bisherigen Voraussetzungen nicht aus, so ist der Wohnort des Schuldners als der Erfüllungsort anzunehmen, z. B. wenn ein Durchreisender während seines ganz vorübergehenden Aufenthaltes einen Vertrag schließt. Bei Verträgen über Lieferung von Waaren, welche ein herumreißender Fabrikant oder Kaufmann selbst oder durch seinen Reisediener schließt, wird die Absendung der Waaren an den Käufer als Erfüllung und als Erfüllungsort der Wohnort des Verkäufers anzusehen sein, theils weil die Gefahr des zufälligen Unterganges auf den Käufer mit Abschluß des Kaufes übergeht (§. 3. Inst. III. 23.), theils weil die versprochene Uebergabe einer beweglichen Sache nur an dem Orte gefordert werden kann, wo sich die Sache gerade befindet. L. 12. §. 1. D. 16. 3.

28) L. 12. §. 1. D. 16. 3. L. 38. D. 5. 1. L. 47. pr. D. 30. Nach diesen Stellen galt die Erleichterung, daß der Schuldner eine species da leisten durfte, wo sie sich gerade befand, nur bei Klagen aus bonae fidei Contracten und bei Legaten. Auch bei den dinglichen Klagen, namentlich der Eigenthumsklage und bei der actio ad exhibendum, welche beide arbiträre Klagen sind, galt dasselbe. L. 10. 11. 12. D. 6. 1. L. 38. fin. D. 5. 1. L. 11. §. 1. D. 10. 4. Diese Erleichterung ist eine auf Billigkeit gegründete bloße Begünstigung des Schuldners und hat mit dem Erfüllungsorte und einem auf denselben zu gründenden Gerichtsstande nichts zu schaffen; es geht dies daraus hervor, daß durch Arglist des Schuldners diese exceptionelle Maßregel ausgeschlossen wird, was nur Sinn hat, wenn sie als Begünstigung des Schuldners anzusehen ist. Es kann also nicht mit Linde, Abhandlungen Bd. II, S. 118, in dieser Maßregel ein gesetzlicher Erfüllungsort gefunden und darauf ein besonderer Gerichtsstand der Obligation begründet werden. Savigny a. a. O. Bd. VIII, S. 230—232.

einem anderen Orte ebensowenig verlangen [29]), als der Schuldner die Annahme von Seiten des Gläubigers an einem anderen Orte [30]), außer wenn der Gläubiger kein Interesse hat, die Leistung an einem anderen Orte nicht anzunehmen, welchenfalls er sich auch der Annahme an einem anderen Orte nicht weigern kann [31]). Die Annahme an einem anderen als dem bestimmten Orte kann nothwendig werden, wenn die Leistung an einem bestimmten Orte wegen eingetretener äußerer Hindernisse nicht möglich ist. Sind mehrere Orte der Leistung oder auch alternativ verschiedener Leistungen zur Auswahl festgesetzt worden, so hat der Schuldner, wenn nichts anderes verabredet ist, die Wahl, so lange der Berechtigte nicht Klage erhoben hat; denn dann steht das Wahlrecht dem Gläubiger zu [32]). Sind mehrere Orte nebeneinander für eine Leistung bestimmt, so ist diese theilweise daselbst zu leisten, vorausgesetzt daß die Leistung theilbar ist [33]). Die Bestimmung des Erfüllungsortes kann möglicher Weise nur im Interesse eines beider Theile, des Schuldners oder des Gläubigers, geschehen sein; es muß dies aber feststehen und darf nicht vermuthet werden. In einem solchen Falle ist nur der andere Theil bezüglich in der Leistung an einem anderen Orte oder in der Forderung, daß die Leistung an einem anderen Orte erfolge, beschränkt. Durch eine solche Bestimmung wurde bei stricti iuris actiones der Gläubiger mit seiner Klage auf den bestimmten Erfüllungsort beschränkt und konnte namentlich nicht am Wohnorte des Schuldners klagen [34]). Weil dieses aber zu einer völligen Verweigerung des Rechtsschutzes führen konnte, wenn etwa der Schuldner aus Vorsicht gar nicht an den bestimmten Erfüllungsort kam, so wurde durch den Prätor eine eigene Klage, die actio de eo, quod certo loco dari oportet [35]) eingeführt, welche nun auch an dem persönlichen Gerichtsstande angestellt

29) L. 1. D. 13. 4., wo eigentlich nur gesagt wird, daß der Gläubiger nur an dem zur Erfüllung bestimmten Orte klagen könne, worin aber auch von selbst liegt, daß er auch dort nur auf die daselbst zu bewirkende Leistung klagen könne. Vgl. auch §. 33. Inst. IV. 6. verb.: Loco plus petitus etc.

30) L. 2. §. 7. L. 9. D. 13. 4. L. 122. pr. D. 45. 1.

31) Es hat dies hier kein Bedenken, weil bei mangelndem Interesse die Forderung, hier die der Leistung am bestimmten Orte, in Wegfall kommt. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 323, N. f. Sintenis a. a. O. S. 175, N. 10.

32) L. 2. §. 2. 3. D. 13. 4. Das Verhältniß dieser beiden §§. ist bestritten. Die Meinung von Glück, Erl. der Pand. Bd. 13, S. 313 flg., welche schon Aeltere aufgestellt haben, daß in §. 2 nur die Ansicht eines älteren Juristen vorgetragen werde, welche der §. 3 berichtige, verdient den meisten Beifall und ist fast allgemein angenommen. In den Basil. Lib. XXIV. Tit. 9. cap. 2. ist der §. 2 weggelassen, was wenigstens beweist, daß man zu Leo des Weisen Zeiten nur den §. 3 als praktisch betrachtete.

33) L. 2. §. 4. D. 13. 4.

34) L. 1. D. 13. 4. Vgl. über das Folgende Savigny, System Bd. VIII, S. 242 flg. und Obligationenrecht Bd. I, S. 510—512.

35) Dig. 13. 4.

werden konnte, jedoch mit Berücksichtigung des vielleicht verschiedenen örtlichen Interesse der Leistung [36]). Durch diese Klage wurde für solche Fälle das Wahlrecht des Klägers begründet. Bei den bonae fidei actiones bedurfte es jener besonderen Klage nicht; vielmehr reichte hier schon die gewöhnliche Contractsklage aus, durch welche ganz derselbe Erfolg erreicht wurde, wie durch die actio de eo, quod certo loco bei den strengen Klagen [37]). Dieser Unterschied ist jetzt, wo alle Klagen bonae fidei sind, ganz ohne Bedeutung. Als Resultat für das heutige Recht steht fest, daß der Gläubiger nicht genöthigt ist, an dem bestimmten Erfüllungsorte den Schuldner zu verklagen, sondern er hat die Wahl zwischen der Klage an diesem Orte oder an dem allgemeinen persönlichen Gerichtsstande des Schuldners. Klagt er an einem anderen als dem bestimmten Erfüllungsorte, so kann er entweder verlangen, daß die Leistung am Erfüllungsorte geschehe oder das Interesse mit Berücksichtigung dieses Ortes. Die im römischen Rechte gestattete Entbindung des Schuldners von der an einem anderen Orte angestellten Klage, wenn er hinreichende Caution wegen der Leistung am Erfüllungsorte bestellt [38]), ist, als auf dem römischen Formularprocesse beruhend, nicht für praktisch zu achten; nur steht dem Schuldner, wenn der Gläubiger auf das Interesse mit Berücksichtigung des Erfüllungsortes klagt, noch die Leistung am Erfüllungsorte frei, sobald er dadurch überhaupt noch dem Gläubiger volle Genüge leistet. — Der Erfüllungsort kann durch die Verabredung bestimmt werden, daß der Gläubiger den Gegenstand der Leistung vom Schuldner abholen oder dieser ihn dem Gläubiger überbringen soll, was auch dann der Fall sein kann, wenn der Wohnort beider derselbe, die Wohnungen aber verschieden sind. Ist darüber nichts verabredet worden, so ist es zwar Sache des Schuldners, wenn er erfüllen und die Klage oder sonstige Weiterung vermeiden will, den Gegenstand dem Gläubiger zu überbringen, und ist die Haftung aus einer Obligation gegenseitig, so muß derjenige mit der Erfüllung den Anfang machen, welcher von seiner Verbindlichkeit daraus befreit sein will; allein eine Verpflichtung des Schuldners dazu folgt daraus nicht; vielmehr ergiebt in Ermangelung jeder anderen Bestimmung erst die Anstellung der Klage den rechtlich nothwendigen Ort der Leistung, und insofern steht dem Schuldner, wenn er es zur Klage kommen läßt, ein entscheidender Einfluß darauf zu, als nur der Gläubiger an dem Orte, wo er Klage erhoben hat, auch sich zum Zwecke der Annahme stellen muß.

II. Zeit der Erfüllung [39]). Die Zeit, zu welcher eine Obli-

36) L. 1. D. 13. 4.
37) L. 7. pr. D. 13. 4. L. 16. §. 1. D. 13. 5.
38) L. 4. §. 1. D. 13. 4.
39) Vgl. den Artikel Dies Bd. III, S. 423 flg. und Savigny, System Bd. III, §. 125—127, S. 204—226 und Obligationenrecht Bd. I, §. 50, S. 510—520. Unterholzner a. a. O. S. 224 flg. Sintenis a. a. O. Bd. II, S. 152 flg.

gation erfüllt werden soll, kann feststehen oder nicht. Das erstere kann der Fall sein theils infolge einer Verabredung der Interessenten, theils infolge eines richterlichen Erkenntnisses, welches zu einer Leistung verurtheilt und dafür einen bestimmten Zeitpunkt festsetzt, bisweilen infolge gesetzlicher Bestimmung[40]). In Ermangelung einer solchen Bestimmung ist die Forderung sofort fällig (mit dem römischen Kunstausdrucke praesens obligatio), d. h. ihre Erfüllung kann gefordert und muß geleistet werden, sobald sie entstanden ist[41]). Eine sich von selbst verstehende Begrenzung findet diese Regel darin, daß immer so viel Zeit als zur Realisirung und zur Vollendung der Leistung nach ihrer Natur und ihrem Inhalte nothwendig ist, dem Schuldner eingeräumt wird, namentlich wenn die Leistung an einem anderen Orte als an welchem der Schuldner sich dermalen aufhält, geschehen soll, wohin er also reisen oder Befehle senden muß[42]), oder wenn die Leistung eine oder mehrere Handlungen begreift, deren Vollendung einen gewissen Zeitraum verlangt[43]), oder wenn die Leistung erst im Werden begriffene Gegenstände betrifft[44]). Zuwiderlaufende Verabredungen sind ungiltig[45]). Bei Leistungen, welche Geld betreffen, ist jedoch die mögliche Schwierigkeit des Zusammenbringens der schuldigen Summe für den Schuldner kein Grund zur Gestattung eines Aufschubes; ebensowenig wird ein Aufschub verstattet, wenn sich Jemand zur Leistung einer anderswo befindlichen Sache verpflichtet, während der Gläubiger damit unbekannt ist, daß die Sache sich anderswo befindet[46]). Die in den vorhergedachten Fällen dem Schuldner zu gestattende Frist hängt vom richterlichen Ermessen ab[47]); die Quellen sprechen von einem modicum tempus, modicum spatium[48]), welches in Bezug auf das Constitutum auf 10 Tage bestimmt ist[49]); eine Bestimmung, deren Anwendung auf andere Fälle bestritten ist, jedoch mit Recht auf das Constitutum beschränkt wird[50]), schon deshalb, weil eine zehntägige Frist nach den Umständen nicht einmal genügend sein kann. Die Bestimmung, daß Niemand bei einem eingetretenen Todesfalle in seiner Familie vor Ablauf der neuntägigen

40) 3. B. L. 52. §. 10. D. 17. 2. L. 4. C. de aedif. privat. VIII. 9. (10.)

41) L. 41. §. 1. D. 45. 1. L. 213. pr. D. 50. 16. L. 14. D. 50. 17. §. 2. Inst. III. 15.

42) L. 41. §. 1. L. 60. 73. pr. D. 45. 1. §. 5. Inst. III. 15. L. 2. §. 6. D. 13. 4. Vgl. L. 9. §. 2. D. 45. 2. Bei Bestimmung der hier zu gewährenden Frist wird dem Schuldner keine übermäßige Anstrengung zugemuthet; kommt er aber über Erwarten schnell an dem Orte der zu bewirkenden Leistung an, so hat er keinen weiteren Aufschub, sondern muß sofort leisten.

43) L. 14. 73. pr. L. 98. L. 137. §. 3. 4. L. 138. pr. D. 45. 1.

44) L. 73. pr. D. 45. 1.

45) L. 2. §. 6. D. 13. 4.

46) L. 137. §. 4. D. 45. 1.

47) L. 137. §. 2. 3. D. 4. 8. L. 21. §. 1. D. 13. 5. L. 23. fin. D. 45. 7. L. 105. D. 46. 3.

49) L. 21. §. 1. D. 13. 5.

50) Vgl. Wolff, von der Mora S. 13.

Trauerzeit verklagt werden soll, auch kein Bürge[51]), ist, sowie diese Frist der Trauer selbst, nicht mehr anwendbar[52]). Wenn ein Zeitpunkt zur Erfüllung bestimmt worden ist, so wird mit Eintritt desselben[53]) die Schuld fällig und klagbar, während die Obligation bis dahin schon von ihrer Entstehung an wirklich besteht[54]) (cessit dies, sed nondum venit), auch gleich schon fälligen Forderungen Gegenstand anderer obligatorischer Verhältnisse sein kann[55]). Unter Umständen ist auch das Verlangen einer Cautionsleistung für die künftige Erfüllung zulässig[56]). Gleichgiltig ist hierbei, ob die Zeitbestimmung einen Zeitpunkt der Leistung selbst festsetzt oder eine Frist bestimmt, bis zu welcher sie bewirkt sein muß. Wenn die Erfüllung ihrer Natur nach einen längeren Zeitraum verlangt oder ein solcher dafür bestimmt ist, so fragt es sich, ob die Forderung erst mit dessen Ablauf fällig werde oder schon früher, nämlich nachdem die Frist zu laufen schon angefangen hat, der Schuldner aber zur Erfüllung keine Anstalt trifft, daß er aber solche treffe, nothwendig ist oder zu sein scheint, wenn die Erfüllung überhaupt noch möglich sein soll[57]). Nach mehreren Stellen kann auf Erfüllung erst nach Ablauf der Frist geklagt werden und es genügt demnach, wenn ein opus mit Ablauf der Frist nur wirklich vollendet ist, so daß, selbst wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung voraussichtlich ist, eine Klage vorher nicht stattfindet[58]). Diesem widerspricht eine andere Stelle[59]), nach welcher die Klage schon vor Ablauf der zum Bau eines Hauses erforderlichen Zeit begründet ist, sobald nur mora faciendae insulae eingetreten ist. Eine Mittelmeinung findet sich in einer anderen Stelle[60]), nämlich, es soll zwar eine Klage auf das Surrogatinteresse schon vor Ablauf der Zeit, zu welcher die Handlung hätte vollendet werden können, zulässig sein, aber nur in Bezug auf denjenigen Theil der Handlung stattfinden, welcher bis zur Erhebung der Klage hätte ausgeführt werden können.

---

51) Nov. 115. c. 5.

52) Sintenis a. a. O. S. 152, N. 3. Dagegen findet sich im gemeinen sächsischen Rechte etwas dem Aehnliches in den 30 Tagen nach dem Tode des Erblassers, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese Frist nur die Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen den Erben suspendirt, nicht aber die Klagen seiner eigenen Gläubiger.

53) Dazu gehört, wenn der Zeitpunkt auf einen Tag gesetzt worden ist oder bei der einen längeren Zeitraum umfassenden Frist, welche sich mit einem Tage endigt, daß der Tag, bezüglich der letzte Tag der Frist vollständig abgelaufen ist. L. 42. D. 45. 1. §. 2. Inst. III. 15. §. 26. Inst. III. 19. L. 50. D. 44. 7. L. 186. D. 50. 17.

54) § 2. Inst. III. 15. L. 213. D. 50. 16.

55) Vgl. den Artikel Dies Bd. III, S. 430.

56) L. 41. D. 5. 1. L. 38. pr. D. 17. 2.

57) Vgl. darüber Sintenis a. a. O. S. 153, N. 12. Wolff, von der Mora S. 12, N. 3, S. 102—107.

58) L. 10. 14. 98. §. 1. L. 124. D. 45. 1.

59) L. 72. §. 2. D. 45. 1. von Ulpian.

60) L. 137. §. 3. D. 45. 1. von Venulejus.

Eine Vereinigung ist von Manchen insofern versucht worden[61]), als zwar eine Klage auf das Interesse vor Ablauf der zur Realisirung der Leistung erforderlichen oder dafür bestimmten Frist nicht statthaft sein, eine Klage auf Vollziehung der Leistung aber schon früher zugelassen werden soll, sobald nur irgend der Vorwurf einer Zögerung begründet ist. Allein in den einschlagenden Stellen wird ein solcher Unterschied zwischen der Klage auf das Interesse und der Klage auf Vollziehung der Leistung nicht gemacht und konnte unseres Erachtens zur Zeit des römischen Formularprocesses, der zur Zeit der Pandektenjuristen galt, umsoweniger gemacht werden, als die intentio und die condemnatio nie unmittelbar auf den Gegenstand der Leistung selbst, sondern auf eine Geldsumme als dessen Surrogat gerichtet war und auch noch im neuesten Rechte bei Obligationen auf ein Thun und ein Leisten kein richterlicher Zwang zur Handlung, sondern nur, wenn der Beklagte nicht freiwillig erfüllt, Condemnation in das Geldinteresse stattfindet[62]). Der wirklich vorhandene Widerspruch läßt sich wohl nur aus der Verschiedenheit der Meinungen der Sabinianer und Proculianer erklären[63]) und die Aufnahme der verschiedenen widersprechenden Stellen in demselben Titel ist nur der Eilfertigkeit der Compilatoren zuzuschreiben. Die zuerst oben gedachte Meinung, daß erst nach Ablauf der Frist geklagt werden könne, ist von den meisten römischen Juristen vertheidigt worden[64]) und wird daher als die auch von den Compilatoren gebilligte anzusehen sein. Für das praktische Recht aber halten wir jenen zwischen der Klage auf das Interesse und der Klage auf Vollziehung der Leistung gemachten Unterschied und die daraus abgeleiteten Folgerungen für richtig und glauben, daß die Ansichten der römischen Juristen für uns nicht unbedingt maßgebend sein können, da sie zum größten Theile mit dem römischen Formularprocesse zusammenhängen[65]). Wenigstens würden wir einen Anspruch auf Cautionsleistung wegen Erfüllung unbedingt auch vor der Zeit zulassen, da solcher ja auch im römischen Rechte unter Umständen begründet ist. Zeitbestimmungen, welche in ihrer Fassung nicht klar sind, sind Gegenstand der Auslegung[66]). Wenn

---

61) Unterholzner a. a. O. S. 227.

62) L. 13. §. 1. D. 42. 1. Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilproceß Bd. I, S. 338.

63) Wie schon Cuiacius Opp. T. I. p. 1171. thut. Vgl. Wolff a. a. O. S. 103 flg.

64) Von Celsus, Pomponius, Marcellus und Papinian.

65) Auch Sintenis a. a. O. hat mit Umsicht die Umstände gewürdigt, aus denen der Berechtigte dabei sehr interessirt sein könne, zu erfahren, ob ein Werk wirklich noch zur Ausführung kommen werde oder nicht, und er neigt sich dahin, wenigstens für den Fall, wenn schon vor Ablauf der Frist die Unmöglichkeit der Erfüllung außer Zweifel ist, eine Klage vorher zuzulassen, wenn nicht die bestimmte Entscheidung in L. 124. D. 45. 1. entgegenstände, über welche er nicht hinwegzukommen weiß.

66) L. 41. pr. D. 45. 1.

namentlich ein wiederkehrender Kalendertag bestimmt ist, ohne daß das Jahr beigefügt wurde, so wird der nächstfolgende verstanden[67]). Dasselbe ist analog von anderen Tagen anzunehmen[68]). Ist ein unbestimmter Zeitraum genannt, wie „einige" Tage, Wochen, Jahre, so werden deren zwei verstanden[69]). Wenn die Zeit der Willkür des Gläubigers oder des Schuldners überlassen ist, so ist eine Erklärung darüber nothwendig; für den Gläubiger verhält es sich dann in ähnlicher Weise, wie wenn es an einer Zeitbestimmung ganz fehlt; der Schuldner, dessen Willkür die Zeit der Leistung überlassen ist, darf die Leistung so lange zurückhalten als er lebt, und wenn er sich nicht früher zur Leistung bereit erklärt, so erlischt die Verpflichtung mit seinem Ableben[70]). Enthält die Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung, so tritt mit dieser die Obligation selbst wirklich ein und ist da zugleich auch fällig. Die zur Erfüllung bestimmte Zeit wird im Zweifel als zum Vortheile des Schuldners beigefügt angesehen, weil ihm die längere Zurückhaltung der Mittel der Erfüllung Vortheil gewährt; es kann daher die Schuld früher von ihm nicht gefordert werden; dagegen kann der Gläubiger die Annahme der ihm früher angebotenen Erfüllung nicht verweigern[71]); die Zeitbestimmung kann aber auch zum Vortheile des Gläubigers oder beider Theile geschehen sein, welchenfalls der Gläubiger vor der Zeit nicht anzunehmen braucht[72]). Ist die Zeit der Erfüllung abgelaufen, so steht dem Gläubiger immer noch die Forderung der Erfüllung frei, so lange das Recht nicht verjährt oder sonst erloschen ist; auch kann der Schuldner nachträglich noch leisten, sofern nicht der Verzug eine Abänderung der Obligation herbeigeführt hat. Eine zu früh erhobene Klage wird als zur Zeit unstatthaft verworfen und der Gläubiger hat davon nur den Nachtheil, daß er die Proceßkosten ersetzen muß[73]). — Die Verzögerung der Erfüllung nach Fälligkeit der Forderung ist in der Regel mit nachtheiligen Folgen für den Gläubiger begleitet, weil er eines Mittels zur Erreichung seiner rechtlichen Zwecke entbehrt, wodurch

---

67) L. 41. pr. D. 45. 1.

68) L. 41. §. 2. D. 45. 1.

69) L. 17. §. 3. D. 40. 4. L. 217. §. 1. D. 50. 16.

70) L. 46. §. 2. D. 45. 1. Anders ist es bei Vermächtnissen; diese werden mit dem Tode des Verpflichteten fällig, was darin seinen Grund hat, weil die Verpflichtung an sich aus dem Testamente feststeht. L. 46. §. 1. D. 40. 5. L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. 32. Bei Schuldverträgen, welche eine Verpflichtung zur Vornahme einer Freilassung auferlegten, wendete man zu Gunsten der Freiheit das bei Vermächtnissen geltende Recht an. L. 9. D. 40. 8. Unterholzner a. a. O. S. 227, N. m.

71) L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. D. 45. 1. L. 17. D. 50. 17. L. 50. D. 44. 7. L. 70. D. 46. 3.

72) L. 17. D. 50. 17. L. 43. §. 2. D. 31. L. 15. D. 33. 1.

73) Anders war es nach älterem römischen Rechte, wo eine pluris petitio tempore sogar eine völlige Zurückweisung der Klage zur Folge haben konnte. §. 33. Inst. IV. 6. §. 10. Inst. IV. 13. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 350 flg., 352, N. a.

das Verhältniß zum Schuldner selbst modificirt wird; der Schuldner hat dagegen in der Regel davon Vortheil, weil er jenes Mittel widerrechtlich zu seiner Disposition behält. Umgekehrt erhält der Gläubiger durch Zahlung einer Geldforderung vor ihrer Fälligkeit, wenn die Forderung unverzinslich oder zwar verzinslich ist, aber zu einem geringeren als dem höchsten gesetzlich erlaubten Zinsfuß, einen Vortheil, welcher dem Schuldner entgeht. Dieser Gewinn der Zwischenzeit (interusurium, commodum repraesentationis) kann unter gewissen Voraussetzungen vom Schuldner in Abzug gebracht werden[74]). — Gewisse Rechtsinstitute bezwecken, das Andringen auf Erfüllung der fälligen Forderung vorläufig und zwar auf unbestimmte Zeit oder bis zum Eintritte eines gewissen Umstandes abzuwenden und den Schuldner mithin zu berechtigen, die fällige Erfüllung bis dahin zu verschieben. Es sind meistens sog. Rechtswohlthaten. Abgesehen von den Rechtswohlthaten der Theilung, Vorausklage und Klagenabtretung, welche bereits in anderen Artikeln behandelt worden sind[75]), gehören besonders drei hierher, deren Zweck ist, dem überschuldeten Schuldner eine gewisse Schonung zu Theil werden zu lassen, weil die Anwendung des strengen Rechtes auf ihn eine Härte sein würde, nämlich die Stundung, die Güterabtretung und die Rechtswohlthat der Competenz. Von den beiden letzteren ist bereits in anderen Artikeln die Rede gewesen[76]). Eine Stundung oder Aufschub der fälligen Forderung kann vom Schuldner nicht allein durch Uebereinkommen erlangt, sondern auch auf eine doppelte Art erzwungen werden, nämlich entweder durch ein Gnadenrescript des Regenten (moratorium, Anstandsbrief, Indult, Quinquenell, eiserner Brief, liberae induciales, dilatoriae, respiratoriae), welches selbst wider der Gläubiger Willen Stundung auf einen gewissen Zeitraum gewährt[77]) oder durch einen Stundungsvertrag mit der Mehrheit der Gläubiger, welchem die Minderzahl der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen beizutreten gezwungen werden kann. Von diesem ist hier nur noch allein die Rede. Nach einer Constitution Justinian's[78]), nach deren Eingang sich die Schuldner an den Kaiser zu wenden pflegten, mit der Bitte, den Gläubigern nur die Wahl zu lassen zwischen der cessio bonorum ohne nachtheilige Folgen für den Ruf und ohne Gefahr körperlicher Mißhandlungen und zwischen der Bewilligung fünfjähriger Stundung, soll, wenn die Gläubiger darüber, ob sie die Stundung bewilligen oder die

74) Vgl. den Artikel Interusurium Bd. V, S. 636—641.

75) Vgl. den Artikel Beneficium cedendarum actionum Bd. I, S. 871 flg., den Artikel Beneficium divisionis Bd. II, S. 892, den Artikel Beneficium excussionis Bd. I, S. 901 flg.

76) Vgl. den Art. Beneficium cessionis bonorum Bd. I, S. 877 flg. und den Art. Beneficium competentiae Bd. I, S. 877 flg. Siehe auch über ersteres den Art. Concurs Bd. II, S. 794 flg.

77) Vgl. darüber den Art. Concurs Bd. II, S. 788.

78) L. 8. C. VII. 71.

Güterabtretung schon jetzt annehmen wollen, dissentiren, die Majorität entscheiden, welche aber nicht nach der Stimmenzahl, sondern nach der Summe der Forderungen bemessen werden soll, dergestalt, daß möglicher Weise Ein Gläubiger, der mehr zu fordern hat als alle übrigen zusammen, die Majorität bildet und entscheidet, er mag für Güterabtretung oder Stundung sich erklären. Nur wenn die Summen auf beiden Seiten gleich groß sind, soll die Stimmenmehrheit den Ausschlag geben, und ist auch in dieser Beziehung Gleichheit vorhanden, so soll die für den Schuldner günstigere Meinung, also diejenige, welche für die Stundung ist, vorgezogen werden. Die Zeit, auf welche die Stundung ertheilt werden kann, dergestalt, daß die Minderheit der Gläubiger sich der Majorität fügen muß, darf fünf Jahre nicht übersteigen. Zwischen Pfandgläubigern und chirographischen Gläubigern soll hinsichtlich des Stimmenrechtes kein Unterschied sein, den Gläubigern auch die bewilligte Stundungszeit bei der Klagenverjährung nicht auf die Verjährungszeit angerechnet werden. Obgleich die Constitution eigentlich freilich nur von einer Wahl der Gläubiger zwischen der Güterabtretung und der Stundung spricht, so ist es doch unbedenklich, sie auch dann anzuwenden, wenn der Schuldner durch das Stundungsgesuch die formelle Concurseröffnung abwenden will [79]). Denn Justinian spricht bei dieser Gelegenheit nur von der cessio bonorum und nicht auch von dem Falle der missio höchst wahrscheinlich aus dem Grunde, weil zu seiner Zeit die missio gewöhnlich nur im Falle der Abwesenheit des Schuldners vorkam [80]), in diesem Falle aber ohnehin kein Antrag auf Stundung gestellt wurde. Nicht klar zu ersehen ist aus der Constitution, ob die Schuldner mit einem Gesuche um Stundung oder Güterabtretung sich an den Kaiser zu wenden haben und wenngleich im Eingange derselben eines solchen an den Kaiser gebrachten Gesuches als gewöhnlich gedacht wird, so wird doch in der Praxis ein Angehen des Regenten und ein Aussprechen der Nothwendigkeit durch ihn nicht für nöthig gehalten, sondern es wird dies lediglich als der richterlichen Entscheidung anheimfallend betrachtet, welche im Wege der Einrede gegen etwa erhobene Klagen anderer Gläubiger oder gegen deren Antrag auf Concurseröffnung erwirkt wird. Ein Zwang gegen die Minderzahl zum Beitritt zu der von der Mehrheit bewilligten Stundung wird mit Recht in der Praxis nur dann für anwendbar erachtet, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gewiß ist [81]), indem die ausdehnende Anwendung dieser mit den gewöhnlichen Rechtsregeln so im Widerspruche stehenden Vorschrift nicht gebilligt werden kann. Derselbe Grund ent-

---

79) Bayer, Concursproceß §. 37.

80) Vgl. L. 10. C. VII. 72., welche von der missio handelt und einen Schuldner voraussetzt, qui se celavit. Vgl. Bethmann-Hollweg, Hdbch. des Civilpr. Bd. I, S. 340, N. 11. Schweppe, Concurs §. 13.

81) Schweppe a. a. O. Bayer a. a. O.

scheidet für die Unwirksamkeit einer von der Mehrheit erzwungenen Stundung, wenn einmal der Concurs förmlich eröffnet worden ist[82]).

Haben wir in dem Vorhergehenden von der Erfüllung der Obligationen, ihrem Orte und ihrer Zeit und von der Auflösung der Obligationen als nothwendiger Folge der Erfüllung gehandelt, so ist die Erfüllung nun als Thatsache in ihrer äußeren Erscheinung, welche die Auflösung der Obligationen herbeiführt, in das Auge zu fassen, womit sie unter den weiteren Begriff der Befriedigung (satisfactio) fällt, welche zwar ebenfalls zunächst in der Erfüllung besteht, aber auch die Vergütung das Interesse an der Leistung mit umfaßt. Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdruckes solutio, Zahlung, sind schon im Eingange des Artikels erwähnt worden. Hier wird er nun in dem Sinne genommen, in welchem er die Handlung der Erfüllung, die Abtragung und Entrichtung der schuldigen Leistung, möge deren Gegenstand sein, welcher er wolle, bedeutet, mithin auch die Leistung des Interesse in Gelde, also die Zahlung einer Geldsumme.

I. Wirkungen der Zahlung. Die Zahlung bewirkt immer Auflösung und Vernichtung der Obligation ipso iure[83]). Eine theilweise Abtragung der Schuld, vorausgesetzt, daß der Inhalt der Obligation theilweise Leistung zuläßt, und der Gläubiger die partielle Leistung angenommen oder sein Forderungsrecht nur theilweise geltend gemacht hat, hebt auch die Obligation nur zu dem Theile, zu welchem erfüllt ist, auf, so daß dieselbe für den Ueberrest bestehen bleibt[84]). Wenn Jemand dem Anderen mehrere Leistungen gleichen Inhaltes schuldet, namentlich Geld, und darauf einen Theil der Gesammtsumme abzahlt, so entsteht die Frage, auf welche der mehreren Schuldposten die Zahlung zu rechnen sei, wenn darüber kein Einverständniß vorhanden ist[85]). Es gelten darüber folgende Regeln: 1) Zunächst hat der Schuldner oder derjenige, welcher für ihn zahlt, das Recht, sofort bei der Zahlung zu bestimmen, welche der mehreren Schulden er dadurch tilge[86]); will der Gläubiger die Zahlung nicht auf die Schuldpost annehmen, auf welche es der Schuldner bestimmt, so kommt er bei einer fälligen Forderung in Verzug[87]). Unter Umständen wird eine solche Erklärung des

82) Spangenberg, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VI, S. 235 flg. Bayer a. a. O. Dagegen erklärt sich Schweppe a. a. O. nicht bestimmt gegen die fernere Wirksamkeit der Stundung nach der Concurseröffnung; er hält sie blos für nicht unbedenklich.

83) §. 4. Inst. III. 19. Pr. Inst. III. 29.

84) §. 1. Inst. III. 29. L. 9. §. 1. D. 46. 3.

85) Vgl. Buchholz, jurist. Abhandl. Nr. 28, S. 347—358.

86) L. 1. 101. §. 1. L. 102. §. 1. fin. D. 46. 3. L. 1. C. VIII. 42. (43.)

87) L. 2. D. 46. 3. ist nicht davon zu verstehen, daß jedem Theile willkürlicher Widerspruch freistehe, sondern nur davon, daß die nicht vorhandene Uebereinstimmung bei der Zahlung ausgesprochen werden müsse und spätere widersprechende Erklärungen unstatthaft seien. Bei dem unbeschränkten Rechte

Schuldners auch als stillschweigend geschehen angenommen werden können und müssen [88]), wie wenn er eine Summe in einer bestimmten Münzsorte und die andere in einer anderen schuldig ist, und gerade jene volle Summe in jener Münzsorte abträgt. Eine Beschränkung der freien Bestimmung des Schuldners wird von Manchen [89]) insofern angenommen, als der Gläubiger nicht zur Annahme des Kapitals, wenn noch Zinsen im Rückstande sind, genöthigt werden könne, weil mit bezahlter Kapitalschuld die Forderung auf die Zinsen erlösche. Allein das letztere ist nur der Fall bei Zinsen, welche sich auf kein besonderes Zinsversprechen stützen. Andere [90]) unterscheiden so. Werden Kapital und Zinsen der Art geschuldet, welche nicht auf besondrer Obligation beruhen, sondern nur mit dem Kapital zugleich gefordert werden können, so kann der Gläubiger zur Annahme des Kapitals allein vom Schuldner deshalb nicht genöthigt werden, weil dies nur eine Theilzahlung der ganzen Schuld sein würde, welche der Gläubiger nicht anzunehmen braucht; beruhen aber die Zinsen auf einem besonderen Versprechen, so sind die verfallenen Zinsen eine besondere Schuld und es soll daher dem Schuldner nichts entgegenstehen, das Kapital allein und zuerst zu zahlen, und der Gläubiger dessen Annahme ohne Zinsen nicht versagen können. So richtig jener Unterschied zwischen versprochenen und anderen Zinsen, welche nicht auf besonderer Obligation beruhen, auch ist, so muß man sich doch nicht weniger bei versprochenen Zinsen als bei Zinsen der letzteren Art dafür erklären, daß der Gläubiger zur Annahme des Kapitals allein ohne die rückständigen versprochenen Zinsen nicht genöthigt werden könne. Der Grund dafür liegt darin, weil durch Annahme des Kapitals allein zwar nicht die Forderung der verfallenen Zinsen erlischt, wohl aber der Zinsenlauf für die Zukunft von da an aufhört, wo das Kapital gezahlt worden ist und dem Gläubiger nicht zugemuthet werden

---

des Schuldners, zu bestimmen, worauf er zahlen will, ist das creditori liberum esse non accipere nur so zu verstehen, daß er die Annahme verweigern kann, wenn er es auf die Folgen der Verweigerung, insbesondre darauf, daß er in Verzug komme, ankommen lassen will. Selbstverständlich muß der Schuldner die Forderung, welche er durch die Zahlung tilgen will, ganz anbieten. Wenn aber der Gläubiger theilweise Zahlung annehmen will, so bestimmt wieder der Schuldner zunächst, worauf die Zahlung gerechnet werden soll. Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmaterien Nr. IV. Bestimmt der Schuldner nichts, so treten die weiter zu erwähnenden Regeln über die Abrechnung ein, welche überhaupt in Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners maßgebend sind. Ebenso verhält es sich mit dem Ueberschusse der Zahlung über die volle Forderung, welche getilgt wird, bezüglich soweit er reicht. Sintenis a. a. O. S. 388, N. 12.

88) Die in den angezogenen Stellen vorkommenden Ausdrücke dicere und exprimere deuten nur auf den gewöhnlichen Fall ausdrücklicher Erklärung, schließen aber die Möglichkeit einer stillschweigenden nicht aus.

89) Funke a. a. O. S. 202—204, 210. Buchholz, jurist. Abhandl. S. 352, 357.

90) Sintenis a. a. O. S. 288 flg., N. 12.

kann, sich durch zinsbare Anlegung des Kapitals wieder Zinsen zu verschaffen, während der ungetilgte Zinsrest nicht verzinst wird; wohingegen bei zuerst auf die Zinsen zu rechnender Zahlung der Gläubiger die gezahlten Zinsen wieder zinsbar ausleihen kann, das noch nicht getilgte Kapital aber fortwährend verzinst werden muß[91]). Daher ist auch bei nicht vollständiger Zahlung eines Kapitals und der Zinsen die Zahlung selbst wider den ausdrücklich bei der Zahlung erklärten Willen des Schuldners zuerst auf die Zinsen zu rechnen[92]). 2) Wenn der Schuldner nicht bestimmt, worauf die Zahlung gerechnet werden soll, so steht es in der Willkür des Gläubigers, auf welche der mehreren Schuldposten er die Zahlung abrechnen wolle; es finden jedoch mehrfache Beschränkungen dieser Willkür statt[93]). Zuvörderst muß der Gläubiger un-

---

91) Diesen Grund haben zwar weder Buchholz a. a. O. noch Vangerow, Leitfaden Bd. III, S. 211, 3. Aufl. geltend gemacht, sie stimmen doch aber im Resultate damit überein. Vangerow macht noch insbesondre für diese Ansicht L. 19. C. IV. 32. geltend, wornach Kapital und Zinsen als Ein Schuldposten anzusehen seien und nur beides zusammen angeboten und deponirt werden dürfe. Sintenis a. a. O. will diese Stelle nur dann gelten lassen, wenn sie von versprochenen Zinsen verstanden werden müßte. Von solchen muß und kann sie aber allein verstanden werden, weil von einem dargeliehenen Kapital (accepta mutuo sors) mit Zinsen dort die Rede ist, Zinsen beim Darlehen bekanntlich aber immer auf einem besonderen Versprechen beruhen müssen.

92) Buchholz a. a. O. S. 357. Die von ihm angezogene L. 48. D. 46. 3. enthält, wie Sintenis a. a. O. richtig bemerkt, allerdings nichts von einer solchen Willensäußerung und kann daher nicht dafür angeführt werden.

93) Ueber die in den Fällen, wenn der Gläubiger sich darüber erklärt und wenn er sich gar nicht erklärt, vorkommenden verschiedenen Ansichten vgl. Sintenis a. a. O. §. 103, N. 13, S. 389—391. Nach der gewöhnlichen in den meisten Lehrbüchern angenommenen Meinung, welche sich auf L. 1. 2. 3. D. 46. 3. stützt, hat der Gläubiger bei seiner Erklärung darauf Rücksicht zu nehmen, daß unter den mehreren Schuldposten die für den Schuldner lästigste abgetragen werde; erklärt er sich nicht, so sollen mehrere Regeln unter Bezug auf gewisse Eigenschaften der verschiedenen Forderungen entscheiden, unter welchen sich die Regel wieder findet, welche im ersten Falle entscheidet. Hingegen nach der Ansicht von Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 12. §. 6. sq., welche auch Buchholz a. a. O. S. 353, N. 11 vertheidigt, wird unter Berücksichtigung der Vorschrift, daß der Gläubiger sich sofort bei Annahme der Zahlung erklären müsse, später dies ihm aber nicht gestattet sei, die Sache so aufgefaßt, daß der Gläubiger bei einer sofortigen Erklärung, welcher der Schuldner nicht widerspricht, ganz nach eigenem Ermessen bestimmen könne, auf welche der mehreren Schuldposten er die Zahlung rechnen wolle, und eine Beschränkung nur dann stattfinde, wenn er später erst eine solche Bestimmung treffen wolle. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 470, Anm. 3 erklärt sich dagegen, weil dem Wortsinne der L. 1. und 3. D. 46. 3. dadurch Gewalt angethan werde und stellt statt dessen folgende Regel auf: wenn sich der Schuldner nicht erkläre, so könne es der Gläubiger thun, wobei er jedoch wie ein treuer Geschäftsführer des Schuldners handeln müsse und sonst noch an gewisse Beschränkungen gebunden sei; dann also stehe dem Schuldner kein Widerspruchsrecht zu, wohl aber wenn der Gläubiger sich erst später erklären sollte, und da die gesetzlichen Beschränkungen im ganzen auf den möglichsten Vortheil des Schuldners abzweckten, den dieser bei seinem Widerspruche ebenfalls vor Augen haben werde, so komme die

mittelbar bei dem Empfange der Zahlung erklären[94]), auf welche der mehreren Schuldposten er die Zahlung als geleistet annehme; dann

---

Sache im wesentlichen immer darauf hinaus, daß die Abrechnung auf die lästigste Schuld erfolge. Nach Fritz, Erläut. zu Wening Bd. II, S. 393, soll es allein darauf ankommen, ob die Posten, auf welche der Gläubiger anzunehmen erklärt, der Art seien, wie in L. 1. §. 1. D. 46. 3. genannt sind; die Wahl solcher soll immer entscheidend sein; wo nicht, so soll es so gehalten werden, wie wenn bei der Zahlung kein Theil sich erklärt hat. Puchta, Pandekten §. 287, bemerkt, daß, wenn der Gläubiger sofort bestimme, worauf er die Zahlung annehme, und der Schuldner es sich gefallen lasse, von einer Beschränkung nicht die Rede sein könne; widrigenfalls könne der Gläubiger nur so bestimmen, wie es dem Schuldner am vortheilhaftesten sei. Mit Sintenis ist 1) eine unbeschränkte Willkür des Gläubigers bei der sofortigen Erklärung unzweifelhaft, wenn sich eine Zustimmung des Schuldners annehmen läßt, weil dann ein stillschweigendes Uebereinkommen vorliegt; eine solche Zustimmung darf aber aus dem nicht sofort gegen die Bestimmung des Gläubigers erfolgten Widerspruche des Schuldners, also aus seinem Schweigen, nicht gefolgert werden. Dieser Fall eines vorhandenen stillschweigenden Uebereinkommens wird in keiner Stelle berührt; dessen bedurfte es aber auch nicht, da sich dies von selbst versteht. 2) Die für den Fall, daß von keiner Seite eine Erklärung bei der Zahlung erfolgt ist, gegebenen Vorschriften setzen voraus, daß später darüber Streit entstanden sei, worauf die Zahlung gerechnet werden soll: es bedarf aber dazu nicht nothwendig einer späteren Erklärung des Gläubigers, sondern es sind die Fragen auch von Amtswegen aufzustellen. 3) In beiden Fällen gilt das gemeinschaftliche Hauptprincip, daß in Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners bei der Zahlung, auf welche seiner mehreren Schuldposten er die Zahlung leiste, sein Interesse ebenso, wie wenn er sich diesem Interesse gemäß ausdrücklich erklärt hätte, beobachtet und demnach die für ihn drückendste und lästigste Schuld als bezahlt angesehen werden solle. Dieses Princip ist für den ersten Fall in L. 1. 3. §. 1. D. 46. 3., für den zweiten in L. 5. pr. L. 97. D. eod. ausdrücklich anerkannt. Fritz a. a. O. beruft sich für seine Meinung, daß für den ersten Fall dieses Princip nicht gelte, auf die Worte der allein von diesem Falle handelnden L. 1.: dummodo etc. id est etc. In der Lesart dieser Stelle differiren die Ausgaben. Vergl. Buchholtz a. a. O. S. 351, N. 7. Die Negation, welche übereinstimmend verlangt wird, steht nämlich in einigen so: id est, non in id debitum; in anderen so: id est, in id debitum, quod non est in controversia. Für das erstere entscheidet das Zeugniß der Basil. Lib. XXVI. Tit. 5. c. 1., was hier, da der Text aus des sog. Anonymus Digestensumme genommen ist, sehr in das Gewicht fällt; es ist auch diese Stellung allein die richtige, weil anderen Falles das erste Beispiel mit den beiden anderen in Widerspruch stehen würde. Gegen Fritz ist aber zu erinnern, daß diese Worte nur Beispiele des vorangehenden Grundsatzes: in id (debitum) constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus, welcher in der unmittelbar damit zusammenhängenden gleich der L. 1. aus Ulpian lib. XLIII. ad Sabinum entlehnten L. 3. pr. so wiedergegeben wird: haec res efficit, ut in duriorem causam semper videatur sibi accepto ferre; ita enim in suo constitueret nomine, enthalten, und daß daher auch alle Beispiele, welche in Verbindung mit dem anderen Falle, si forte a neutro dictum sit etc. vorkommen, ebensogut dem ersten Falle angehören. 4) Giebt es eine Rangfolge der einzelnen verschiedenartigen Forderungen zur näheren Bestimmung der durior oder gravior causa, so muß diese für beide Fälle dieselbe sein. Eine solche Rangfolge ist, abgesehen von ihrer Unentbehrlichkeit, wenigstens für den letzteren Fall, daß von keiner Seite eine Erklärung vorliegt, in L. 97. D. 46. 3. anerkannt. Gerade nur diesen Fall hatte Papinian in dieser Stelle vor Augen. Daraus, daß er den ersten Fall nicht erwähnt, folgt nicht, daß er habe verneinen wollen, daß

muß er aber dabei auf das Interesse des Schuldners ebenso Rücksicht nehmen, wie wenn es sein eigenes Interesse wäre, d. h. er muß die Forderung durch die Zahlung als getilgt betrachten, von welcher er sich selbst, wenn er der Schuldner wäre, zuerst befreien würde, mithin die lästigere, welche bei dem Aufschube die meisten Nachtheile für den Schuldner haben würde[95]). Eines Widerspruches des Schuldners gegen die Erklärung des Gläubigers, worauf er die empfangene Zahlung rechne, bedarf es, wenn er lästigere Forderungen schuldet und der Gläubiger seine Erklärung so einrichtet, daß er die Zahlung auf die dem Schuldner lästigste Post abrechnet, überall nicht; das bloße Stillschweigen kann hier für Zustimmung nicht angesehen werden, vielmehr ist eine nicht im Interesse des Schuldners geschehene Bestimmung des Gläubigers unwirksam[96]). Ein Widerspruch des Schuldners gegen die Bestimmung des Gläubigers in Ansehung solcher Forderungen, die eine durior causa nicht enthalten und auf welche er beliebig die Zahlung rechnen kann, ist für den Schuldner unnütz, weil der Gläubiger hier nur von seinem Rechte Gebrauch macht. Die Behauptung, daß der Gläubiger, wenn Kapital und Zinsen geschuldet werden, immer zuerst auf die Zinsen abrechnen müsse[97]), ist unrichtig; vielmehr kann der

---

auch in diesem die darüber, was durior causa sei, entstehende Frage nicht ebenso beantwortet werden müsse. Die in L. 97. aufgestellte Rangfolge enthält nicht alle Forderungen, welche in den anderen Stellen vorkommen; darin liegt aber nicht ein Widerspruch oder eine Ausschließung der nicht erwähnten Forderungen. In den anderen Stellen werden nur einzelne Forderungen zum Behufe der Beantwortung der Frage, bei welcher durior causa sei, einander entgegengesetzt; eine Collision der Art, welche eine vollständige Classification nothwendig macht, ist darin nicht vorausgesetzt.

94) Der Zeitpunkt, wo dem Gläubiger das Recht der Bestimmung zufällt, ist der der wirklichen Uebernahme des Geldes von Seiten des Gläubigers; bis dahin, also bis zum Moment der Weggabe, steht dem Schuldner die Wahl zu. Erklärt sich der Gläubiger unmittelbar bei der Empfangnahme nicht, so ist der Fall vorhanden, daß keiner eine Erklärung abgegeben hat.

95) L. 1. 3. pr. D. 46. 3. L. 1. C. VIII. 42. (43.) Wenn in letzterer Stelle dem Gläubiger in Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners allgemein und ohne besondere Beschränkung das Wahlrecht verstattet wird, so ist dies natürlich nur mit den näheren Modificationen der beiden ersten Stellen zu verstehen. Ein Widerspruch zwischen Digesten und Codex kann hier umsoweniger angenommen werden, als Caracalla, der Urheber jenes Rescripts, und Ulpian, der Verfasser der Pandektenstellen, der Zeit nach ziemlich zusammenfallen, und letzterer, welcher noch unter Alexander Severus lebte, die von ihm aufgestellte Lehre nicht würde vorgetragen haben, wenn durch kaiserliche Rescripte dem Gläubiger ein unbeschränktes Wahlrecht eingeräumt worden wäre.

96) L. 1. D. 46. 3.

97) Buchholtz a. a. O. S. 349 flg. behauptet dieses mit Bezugnahme auf L. 5. §. 3. L. 48. D. 46. 3. Diese Stellen enthalten aber andere Fälle; in der ersten wird gesagt, daß, wenn der Gläubiger bekennt, auf Kapital und Zinsen empfangen zu haben, die Zahlung zuerst auf die Zinsen zu rechnen sei; in der zweiten ist von dem Falle die Rede, wo die Frau dotis servandae causa in die Güter des Ehemannes eingewiesen ist und sich durch Veräußerung von

Gläubiger bestimmen, daß er eine Zahlung, worüber der Schuldner nichts bestimmt, auf das Kapital und nicht auf die Zinsen rechne, weil ja der Schuldner hierdurch nur Vortheil hat, da die Summe des fortan zu verzinsenden Kapitals sich dadurch mindert. Auch kann man den Gläubiger mit einer solchen nur zum Vortheil des Schuldners gereichenden Erklärung nicht auf den Moment der Empfangnahme beschränken[98]), sondern es ist dieselbe auch später noch unbeschränkt zuzulassen, da der Gläubiger dadurch nur von seinem Rechte zu Gunsten des Schuldners zurückgeht. 3) Ist weder von Seiten des Schuldners, noch von Seiten des Gläubigers eine Erklärung bei der Zahlung und deren Annahme erfolgt, so gilt dieselbe Regel, welche für den Gläubiger bei seiner Erklärung maßgebend ist, daß die Zahlung auf die dem Schuldner lästigste Post zu rechnen sei; daneben sind noch einige gleichzeitige Rücksichten zu nehmen. Als lästigere Forderung, auf welche demnach die Abrechnung der Zahlung immer zuerst geschehen soll, wird betrachtet diejenige, welche der Schuldner unter einer Conventionalstrafe schuldet[99]), oder die, welche im Falle böslichen

---

Sachen des Mannes oder durch die Nutzungen befriedigt; hier soll das, was sie dadurch empfangen hat, auch zuerst auf die Zinsen der dos gerechnet werden. Diese Bestimmungen sind ja aber lediglich zum Vortheil des Gläubigers und schließen nicht aus, daß derselbe zu seinem Nachtheile die Zahlung zuerst auf das Kapital abrechnen kann.

98) Wie Sintenis a. a. O. N. 14, S. 392 zu thun scheint.

99) L. 97. D. 46. 3. Unpraktisch sind die daselbst und in L. 7. pr. D. 46. 3. diesen noch vorausgesetzten Forderungen, welche ex causa famosa herrühren. In L. 4. D. eod. wird id, quod cum poena debetur, ebenfalls anderen Forderungen vorgezogen. Auch die causa poenalis in L. 7. D. eod. kann von einer unter einer Conventionalstrafe geschuldeten Forderung verstanden werden, wie es z. B. die Basil. Lib. XXVI. Tit. 5. c. 7. thun. Die Gleichstellung der Fälle, wo lis inficiando crescit in duplum, mit der causa poenalis in L. 7. D. eod. entscheidet dafür, erstere den Forderungen sub poena gleichzusetzen, obschon der Litiscrescenzfälle in L. 97. D. eod. nicht speciell gedacht wird; sie sind aber dort wahrscheinlich unter dem id, quod poenam continet, mit verstanden. Die unbedingt, ohne Voraussetzung des böslichen Leugnens, auf eine Privatstrafe gehenden Forderungen gehören noch vielmehr hierher, wobei man nicht wie Sintenis auf die Aehnlichkeit mit der Conventionalstrafe Gewicht zu legen braucht; und diese Fälle sind unter der causa poenalis in L. 7. D. eod. wohl ausschließlich verstanden, da sie mit den Litiscrescenzfällen, wo eine condemnatio in duplum wegen Leugnens eintritt, zusammengestellt werden, und der Fälle der Forderung unter einer Conventionalstrafe schon in L. 4. D. eod. gedacht war. Eine andere Rangfolge stellen auf Buchholtz a. a. O. S. 354 flg. und Fritz a. a. O. S. 393. Sie lassen auf die infamirenden Forderungen die durch rechtskräftiges Erkenntniß anerkannten, dann die sub poena versprochenen folgen, welchen die verzinslichen gleichgestellt werden; den Schluß machen sie mit den Litiscrescenzfällen. Allein diese Rangfolge widerstreitet der in der L. 97. D. 46. 3. aufgestellten, in welcher die rechtskräftig entschiedenen Forderungen gar nicht erwähnt werden. Buchholtz a. a. O. N. 17a, S. 355 stützt sich auf L. 7. D. eod., wo die rechtskräftig entschiedenen Forderungen vor denjenigen, welche ex causa poenali herrühren und vor den Litiscrescenzfällen erwähnt werden, und findet den Grund des Vorzuges der ersteren darin, daß die iudicati actio nach Gaius, Inst. Comm. IV.

Leugnens auf das Doppelte oder ohne diese Voraussetzung auf eine Privatstrafe gerichtet ist[100]); hierauf die, wegen welcher rechtkräftige Verurtheilung des Schuldners vorliegt[101]); dann die, wegen welcher der Schuldner Pfänder gegeben oder Bürgen gestellt hat[102]), hiernächst

§. 171. theils selbst auf das duplum gehen konnte, theils nach L. 3. pr. C. VII. 54. eine Zinsverbindlichkeit von 12½ Procent für das Kapital zur Folge hatte, eine Zinsverbindlichkeit aber auch selbst poena genannt werde, weshalb sich auf L. 12. D. 22. 1. berufen wird; damit soll zugleich von Papinian der Vorwurf abgewälzt werden, daß er in L. 97. D. 46. 3. die rechtskräftig anerkannte Schuld ganz übergangen habe. Abgesehen davon, daß in L. 12. D. 22. 1. nicht die Zinsverbindlichkeit an sich, sondern nur die auf besonderer Stipulation höherer Zinsen für den Fall des Verzuges beruhende Zinsverpflichtung eine poena genannt wird, daß ferner im neuesten römischen Rechte zur Zeit Justinian's von einer iudicati actio in duplum nicht mehr die Rede ist, kann darauf, daß in L. 7. D. 46. 3. die rechtskräftig anerkannten Forderungen vor den ex causa poenali herrührenden genannt werden, kein Gewicht gelegt werden, weil nach dem früher Bemerkten diese Stelle keine Rangordnung für den Fall der Collision aller Forderungen festsetzt, sondern für jede Art nur den reinen Gegensatz enthält. Für die Stellung der Litiscrescenzfälle nach den Forderungen ex causa poenali, während sie doch in L. 7. denselben gleichgestellt werden, ist gar kein Grund angegeben und noch weniger läßt sich ein solcher für die Stellung derselben am Schlusse auffinden. Für das praktische Recht müssen wir indessen den Streit, ob rechtskräftig anerkannte Forderungen oder solche, welche im Falle des böslichen Leugnens oder ohne diese Voraussetzung auf eine Privatstrafe, die nicht auf einer Uebereinkunft beruht, gehen, durch eine Zahlung zuerst als getilgt anzusehen seien, für müßig erachten, da weder die Litiscrescenzfälle noch die Pönalklagen mit wenigen Ausnahmen mehr praktisch sind. Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 317—320, 324—329. Für den Fall der Collision rechtskräftig anerkannter Forderungen mit den unter einer Conventionalstrafe geschuldeten ist es mehr im Interesse des Schuldners, daß die Zahlung auf letztere zuerst abgerechnet werde, sofern er eben diese nicht bestreitet; denn der Nachtheil aus der verwirkten Conventionalstrafe ist in Bezug auf das Vermögen des Schuldners im ganzen größer als der der bevorstehenden Execution.

100) Dies ist im heutigen Rechte unpraktisch. Vgl. vorige Note.

101) In der in L. 97. D. 46. 3. aufgestellten Rangfolge finden sich die rechtskräftig anerkannten Forderungen zwar nicht und in L. 7. D. eod. werden sie zwar erwähnt, aber ohne daß sie einen bestimmten Rang unter den übrigen einnehmen; sie werden aber in letzterer Stelle mitten unter solchen Forderungen genannt, welche nach der ersteren Stelle die beiden ersten Rangplätze einnehmen. Offenbar sind sie auch wegen der bevorstehenden Execution mit größeren Nachtheilen für den Schuldner verknüpft, als alle in der ersten Stelle nach der sub poena geschuldeten genannten Forderungen. Sintenis a. a. O. N. 16, S. 392 flg.

102) L. 97. L. 4. fin. L. 5. pr. D. 46. 3. Wenn auch in der ersten Stelle nur der Pfandschuld, in den beiden letzten aber blos der Schuld, für welche ein Bürge bestellt worden ist, Erwähnung geschieht, so ermangelt es doch an jeglichem Grunde, beide verschieden zu behandeln und mit Buchholz a. a. O. S. 356 und Fritz a. a. O. die durch einen Bürgen gesicherte Schuld der Pfandschuld nachzusetzen. Für eine gleiche Behandlung beider entscheidet der Umstand, daß eine Schuld, welche durch Pfand oder Bürgen, welche der Schuldner gestellt hat, gesichert ist, überhaupt lästiger ist, als eine nicht so gesicherte; die durior causa in der Stellung eines Bürgen liegt in der dem Schuldner obliegenden doppelten Verpflichtung, vielleicht auch in dem Demüthigenden, was sein Verhältniß zu dem Bürgen für ihn hat. Sintenis a. a. O. N. 17, S. 393.

die eigene Schuld im Verhältniß zur Bürgschaftsschuld[103]). Die eigenen natürlichen Verbindlichkeiten den klagbaren für Fremde übernommenen, also den Bürgschaftsschulden hier vorzuziehen, wie Manche thun[104]), ist nicht zu rechtfertigen. Denn wenn auch an den einschlagenden Stellen unbedingt der eigenen Schuld vor der Bürgschaftsschuld der Vorzug gegeben wird, ohne daß dabei zwischen klagbarer und nicht klagbarer eigener Schuld unterschieden wird, so wird doch der Grund des Vorzuges der eigenen Schuld vor der Bürgschaftsschuld darin gesetzt, weil es wahrscheinlicher sei, daß ein sorgsamer Schuldner so verfahren haben würde; ein sorgsamer Schuldner wird aber ohne Zweifel erst alle klagbaren Schulden, mag er sie als Hauptschuldner oder als Bürge schulden, tilgen, ehe er an die nicht klagbaren denkt. Fehlt es einer der mehreren Forderungen an einer solchen auszeichnenden Eigenschaft oder treffen mehrere Forderungen gleichen Charakters zusammen, so wird diejenige als getilgt betrachtet, welche früher fällig geworden ist[105]); ferner unter mehreren, welche gleichzeitig fällig sind, die ältere[106]); unter mehreren dem Alter nach gleichen Forderungen wird

---

103) L. 97. 4. D. 46. 3.

104) Z. B. Buchholtz a. a. O. S. 356.

105) L. 102. §. 2. L. 89. §. 2. D. 46. 3. In der zweiten Stelle ist von zwei gleichzeitig contrahirten Schulden, deren eine nach der Verabredung früher bezahlt werden sollte, die Rede. Nach der Auffassung von Unterholzner a. a. O. S. 464, N. 1 besagt diese Stelle, daß unter mehreren fälligen Forderungen diejenige den Vorzug habe, deren frühere Abtragung ausgemacht worden ist. Allein dies liegt nicht in der Stelle, vielmehr setzt sie ohne Zweifel voraus, daß die nach der Verabredung früher zu zahlende Schuld auch früher fällig geworden ist. Deshalb kommt auch auf jene Verabredung nichts an, sondern auf die frühere Fälligkeit, mag sie auf einer solchen Abrede beruhen oder auf irgend eine andere Art eingetreten sein. Sintenis a. a. O. S. 293, N. 19. Nach Buchholtz a. a. O. S. 355, dem Fritz a. a. O. S. 394 beipflichtet, redet zwar die Stelle nur von früherer Fälligkeit einer von zwei jetzt fälligen Forderungen; weil sie aber zugleich davon spricht, daß die früher fällig gewordene Schuld zu geringeren Zinsen geschuldet werde als die andere, so legt er darauf Gewicht und betrachtet die Bestimmung, daß nun doch die Zahlung nicht auf die höhere verzinsliche, also lästigere Schuld, gerechnet werden soll, als eine Strafe der Saumseligkeit des Schuldners. Es muß aber vielmehr allein auf die frühere Fälligkeit Gewicht gelegt und die Eigenschaft der Verzinslichkeit für zufällig und einflußlos geachtet werden. Dafür entscheidet der in L. 102. §. 2. D. 46. 3. hingestellte allgemeine Satz: videri in primam quamque summam liberationem proficere und der aus L. 8. D. eod. verb.: si par dierum causa sit etc. zu entnehmende Schluß vom Gegentheil. Sintenis a. a. O.

106) L. 5. pr. L. 24. 97. D. 46. 3. Buchholtz a. a. O. S. 353 will bei ungleichem Alter und gleicher Natur der mehreren Forderungen die Zahlung auf die ältere Schuld gerechnet wissen, ohne sich darüber zu erklären, ob er darunter eine früher fällige oder eine Schuld früheren Ursprunges verstehe. Wenn das Alter des Ursprunges entscheiden soll, so ist die gleichzeitige Fälligkeit der mehreren Forderungen dabei vorausgesetzt; denn sonst würde die frühere Fälligkeit über den Vorzug entscheiden. Die erste Stelle sagt ausdrücklich, daß in his, quae praesenti die debentur, — si omnia nomina similia sint, in antiquiorem causam solutum videri; in den beiden anderen, welche des antiquius debitum,

die Zahlung auf alle nach Verhältniß des Betrages der Forderungen als geschehen angesehen[107]). Bei rechtskräftig anerkannten Forderungen bedarf es der Voraussetzung der Fälligkeit und Klagbarkeit nicht, indem diese durch das rechtskräftige Erkenntniß schon feststeht; bei den Forderungen unter einer Conventionalstrafe kommt auf die Fälligkeit und Klagbarkeit behufs der Abrechnung einer geleisteten Zahlung darauf deshalb nichts an, weil, es mag ein Zahlungstermin bestimmt sein oder nicht, das Ausbleiben der Hauptleistung über den Zeitpunkt hinaus, wo sie erfolgen sollte, den Verfall der Conventionalstrafe herbeiführt und die Vorschrift über den Verzug solcher Forderungen in der Befriedigung bei unbestimmt geleisteten Zahlungen gerade den Zweck hat, die Strafe abzuwenden; es muß also, um diese Vorschrift anzuwenden, die Schuld, welche unter einer solchen Strafe geschuldet wird, immer als noch nicht verfallen gedacht werden. Rücksichtlich der Frage, wie sich die nicht fällige Schuld sub poena hierin zu anderen fälligen einfachen Forderungen verhalte, ist so zu unterscheiden. Ist kein Zahlungstermin bestimmt, so ist die Anwendung der gedachten Vorschrift unbedenklich; ist ein solcher bestimmt und es ist ein Fall vorhanden, wo der Gläubiger auch vorher die Leistung annehmen muß, so gilt dasselbe; ist kein solcher Fall vorhanden, so ist die Vorschrift nur dann anwendbar, wenn gerade am Zahlungstermine selbst gezahlt worden ist; außerdem würden die fälligen einfachen Forderungen vorgehen[108]). Für alle übrigen hier berührten Forderungen ist deren Fälligkeit und Klagbarkeit vorausgesetzt[109]), was nicht nur von einfachen Forderungen gilt, sondern auch von solchen, welche eine durior causa enthalten, im Gegensatze der einfachen. Das ebenfalls von Manchen[110]) aufgestellte allgemeine Erforderniß, daß die Forderung, auf welche eine Abrechnung solle geschehen können, nicht bestritten sein dürfe[111]), versteht sich von selbst; denn die Zahlung kann auf eine streitige oder gar im Processe befangene For-

---

des vetustior contractus gedenken, steht der Annahme gleichzeitiger Fälligkeit nichts entgegen. Ein deutlicher Beweis vom Gegentheil ist in L. 8. D. 46. 3. insofern enthalten, als nur si par et dierum et contractuum causa sit, die Zahlung auf die mehreren Schuldposten nach Verhältniß gerechnet werden soll, der ältere Ursprung der Forderung aber nach den übrigen Stellen eine Ungleichheit herbeiführt, und mithin auch, wenn die causa dierum par ist, einen Vorzug begründen muß, weil für die Vertheilung pro rata die doppelte Parität (et dierum, et contractuum) vorausgesetzt ist. Sintenis a. a. O. S. 394, N. 20.

107) L. 8. D. 46. 3.

108) Sintenis a. a. O. N. 22, S. 394 flg.

109) Wegen der Fälligkeit als allgemeiner Voraussetzung für die Berücksichtigung der fraglichen Forderungen s. L. 1. L. 3. §. 1. L. 5. pr. L. 103. D. 46. 3., wegen der Klagbarkeit s. L. 94. §. 3. D. 46. 3.

110) Z. B. von Unterholzner a. a. O. S. 464. Vangerow a. a. O. S. 212.

111) Man beruft sich deshalb auf L. 1. D. 46. 3., wo dem Gläubiger untersagt ist, die Zahlung auf eine bestrittene Forderung als angenommen zu bestimmen.

derung nur infolge ausdrücklicher Bestimmung des Schuldners abgerechnet werden, in welcher dann ein Aufgeben des Streites selbst liegen würde; dieses Aufgeben des Streites ist aber ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung des Schuldners aus einer Zahlung, während mehrere Posten geschuldet werden, unmöglich zu schließen. Sind die mehreren Forderungen nicht alle fällig und klagbar, so geht die fällige Forderung der nicht fälligen ohne Unterschied, und die klagbare ebenso der nicht klagbaren[112]) vor, mit Ausnahme der sub poena geschuldeten und der durch vom Schuldner bestellte Pfänder oder Bürgen gesicherten Forderungen. Für diese beiden Arten der Forderungen muß eine Ausnahme deshalb gemacht werden, weil hier der Mangel der Klage aus den Hauptforderungen ohne Bedeutung ist, indem andere Rechtsmittel so vollständigen Ersatz dafür gewähren, daß ebensowohl wie bei klagbaren die causa als durior zu betrachten ist. Die Summe der Conventionalstrafe muß freilich hier als so groß gedacht werden, daß der Schuldner es nicht vorzieht, die Strafe zu bezahlen und die Schuld ungetilgt zu lassen[113]). Endlich geht in allen Arten[114]) unter denselben Voraussetzungen die zu höheren Zinsen geschuldete Schuldpost der zu geringeren Zinsen geschuldeten vor[115]). Ob nicht überhaupt schon in der Verzinslichkeit eine durior causa liege, weshalb verzinsliche Schulden den unverzinslichen vorzuziehen seien, ist bestritten. Manche setzen verzinsliche Schulden sogar den sub poena geschuldeten gleich[116]), jedoch mit Unrecht. Jene Frage ist richtiger zu verneinen, einmal, weil man verzinslicher Schulden halber weniger einem Dringen auf Zahlung unter-

---

112) L. 94. §. 3. D. 46. 3.

113) Sintenis a. a. O. N. 26, S. 395. Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß die Verbindung der Conventionalstrafe mit einer naturalis obligatio im fraglichen Falle giltig und denkbar ist, und nicht etwa darin eine wiederholte, also ein Klagerecht erzeugende Anerkennung der naturalen Hauptschuld liegt.

114) Gezweifelt könnte daran werden, ob nicht die in der höheren Verzinsung liegende durior causa den Vorzug vor dem bloßen Alter der Forderung haben müßte, so daß eine jüngere höher verzinsliche Schuld einer älteren geringer verzinslichen vorginge. Allein L. 97. D. 46. 3. gedenkt der höheren Zinsenlast als Grund des Vorzuges gar nicht und schließt die Rangfolge der dort aufgezählten Forderungen mit der antiquior causa, legt dieser also nach den übrigen einen absoluten Rang bei. Es kann daher dem höheren Zinsfuße nur unter in gleichem Range stehenden Forderungen ein Einfluß beigelegt werden. Sintenis a. a. O. N. 27, S. 396.

115) Es beruht dies nur auf einem Schlusse vom Gegentheile der L. 89. §. 2. D. 46. 3., wo das höher verzinsliche Kapital deshalb nachgesetzt wird, weil das andere zuerst fällig geworden sei; diese frühere Fälligkeit ist mithin der Grund, bei dessen Nichtdasein, d. i. bei gleichzeitig fälligen Forderungen, der Vorrang der höheren Zinslast sich geltend machen würde. Dieser Schluß ist um so sicherer, weil außerdem bei Erwähnung der bezüglich höheren und niederen Zinsen überflüssig und gleichgiltig sein würde. Sintenis a. a. O. N. 28, S. 396.

116) Buchholz a. a. O. S. 353. Vgl. N. 99.

worfen ist als bei unverzinslichen[117]); dann, weil die Verzinsung von Geldschulden, namentlich heutzutage, so gewöhnlich ist und als dazu gehörig so sehr betrachtet wird, daß die Zinsen weniger als eine Last erscheinen, als vielmehr als ein Mittel, welches die Contrahirung von Geldschulden möglich macht. Dazu kommt endlich noch, daß nur die in den Quellen ausdrücklich aufgeführten Formen der durior causa als solche gelten können, die Quellen zwar höhere Zinsen im Vergleich zu niedrigeren für durior causa erachten, nicht aber die Verzinslichkeit überhaupt[118]). Werden Kapital und Zinsen davon geschuldet, so wird die Zahlung zuerst auf die Zinsen gerechnet[119]). Dies ist aber nicht absolut zu verstehen, so daß immer auf Zinsen aller Art von verschiedenen Forderungen abgerechnet werden müßte, sondern die Forderungen haben ihren Rang nach den vorher erwähnten Regeln und die neben ihnen geschuldeten Zinsen gehen dem Kapital, von dem sie erwachsen sind, vor. Die Erklärung oder Quittung des Gläubigers, daß er eine Abschlagszahlung auf das schuldige „Kapital und Zinsen" annehme, ist dahin auszulegen, daß die Abrechnung immer zuerst auf die Zinsen geschehen solle[120]). Werden überhaupt keine Zinsen geschuldet, es wird aber etwas als Zinsen gezahlt, so geht dies vom Kapital ab[121]). In dem besonderen Falle, wenn sich der Gläubiger durch den Erlös des verkauften Pfandes befriedigt, muß er den Erlös auf jede der mehreren Pfandforderungen verhältnißmäßig abrechnen, wenn die Verpfändung für die mehreren Forderungen zu gleicher Zeit geschah; geschah sie zu verschiedenen Zeiten, so muß er den Erlös zuerst auf die Forderung abrechnen, für welche die erste Verpfändung geschah[122]); werden neben dem Kapital Zinsen geschuldet, so ist die Abrechnung zuerst auf die Zinsen zu bewirken[123]); sind die geschuldeten Zinsen theils klagbare, theils nicht klagbare, so ist auch bei Verschiedenheit der Summen der geschuldeten verschiedenartigen Zinsen die Abrechnung nicht verhältnißmäßig, sondern gleichmäßig zu bewirken[124]); sind die mehreren Pfandschulden theils klagbar, theils nicht klagbar, so steht dem Gläubiger das Recht zu, beliebig auf eine oder beide abzurechnen[125]).

117) Unterholzner a. a. O. S. 464, N. m.
118) Sintenis a. a. O. N. 28, S. 396.
119) L. 5. §. 2. 3. L. 48. D. 46. 3. L. 1. C. VIII. 42. (43.)
120) L. 5. §. 3. D. 46. 3.
121) L. 5. §. 2. D. 46. 3.
122) L. 96. §. 3. D. 46. 3. Prius debitum ist in dieser Stelle nicht die ältere Schuld, wie Buchholtz a. a. O. S. 348 nicht blos aus Irrthum (denn er unterscheidet, ob das Pfand für zwei zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten entstandene Schulden haftet) sich ausdrückt, sondern offenbar die, für welche das Pfandrecht zuerst bestellt wurde; welche der Zeit nach die jüngere sein kann. Sintenis a. a. O. N. 30, S. 397.
123) L. 5. §. 2. L. 48. D. 46. 3.
124) L. 5. §. 2. D. 46. 3.
125) L. 101. §. 1. D. 46. 3. Das Verhältniß dieser Stelle zu L. 96. §. 3. D. eod. (vgl. N. 122) kann zweifelhaft sein, da letztere bei den mehreren

II. Erfordernisse der Zahlung. Soll die Zahlung die Wirkung der Auflösung der Obligation haben, so müssen mehrere theils subjective, theils objective Erfordernisse bei ihr vorhanden sein, welche sich besonders noch dann erweitern, wenn, wie bei vielen Obligationen, die Zahlung oder Leistung eine Veräußerung enthält. Die einzelnen Erfordernisse sind folgende:

1) Der Zahlende muß vor allen Dingen die Absicht haben, die fragliche Obligation tilgen zu wollen; widrigenfalls fehlt es an der nothwendigen Beziehung seiner Handlung zu der Obligation und deren Inhalt[126]). Die Zahlung wird in der Regel vom Schuldner selbst geschehen; es ist dies aber keine Nothwendigkeit[127]), außer, abgesehen von dem Falle ausdrücklicher Verabredung, dann, wenn nach der Natur und dem Inhalte der Leistung die persönliche Thätigkeit des Schuldners erforderlich ist, namentlich besondere Kenntnisse und Fähigkeiten vorausgesetzt werden und hierbei gerade auf die des Schuldners das Absehen gerichtet war[128]). Hier befreit die Leistung durch einen Anderen den Schuldner nicht und auch die Qualität der gelieferten Arbeit oder Leistung, z. B. wenn sie so beschaffen ist, daß der Schuldner selbst sie auch nicht besser würde haben liefern können, ist hier ohne Einfluß. Doch kommt es hierbei auch auf folgende Punkte an. Zuvörderst kann der Gläubiger zur Annahme der Leistung von einem Anderen nicht genöthigt werden; wenn er freiwillig annimmt, so ist dadurch das ganze Verhältniß ein anderes. Auch kann möglicher Weise der Gläubiger dabei ohne Einfluß sein, z. B. wenn er dem Schuldner eine Sache zum Zwecke der Leistung übergeben mußte und der Schuldner die Leistung durch einen Anderen bewirken läßt; hier ist der Gläubiger zu keiner Gegenleistung verpflichtet; er kann aber seine Sache zurückfordern. Dagegen kann möglicher Weise, wenn die Zahlung durch einen Anderen ebensogut ausgefallen ist, als wenn sie vom Schuldner persönlich ausgeführt worden wäre, das Interesse des Gläubigers an der Leistung durch den Schuldner in Person in Wegfall kommen oder doch der Werth der Leistung bei der Forderung des Interesse abgerechnet werden müssen[229]). Durch Andere kann die Zahlung auf zweifache

Forderungen zwischen Klagbarkeit und Nichtklagbarkeit derselben nicht unterscheidet. Allein bei dieser Unbestimmtheit ist natürlich anzunehmen, daß letztere Stelle von klagbaren Forderungen spreche; die erste Stelle bestimmt daher etwas Besonderes, was auch durch die Nichtklagbarkeit der Hauptforderung gerechtfertigt wird, weil für den Mangel der Klage das Pfandrecht Ersatz gewährt. Sollte hier die Anrechnung der Zahlung dieselbe sein, wie in L. 96. §. 3., so würde dies leicht dazu führen, daß der Gläubiger ungeachtet seines Pfandrechtes für die nicht klagbare Forderung nur theilweise oder gar nicht befriedigt würde. Mit seiner diesfallsigen Erklärung ist der Gläubiger auf keine bestimmte Zeit beschränkt. Sintenis a. a. O. N. 33, S. 397.

126) L. 55. D. 46. 3.

127) L. 23. 40. 53. D. 46. 3.

128) L. 31. D. 46. 3.

129) Sintenis a. a. O. N. 36, S. 397 flg.

Weise vermittelt werden, erstlich durch Stellvertreter (wobei dann die Grundsätze von den Handlungen dieser für das Weitere maßgebend sind), zweitens durch jede dritte nicht beauftragte Person. Eine Zahlung durch einen nicht beauftragten Dritten bedarf weder der Genehmigung, noch selbst des Willens oder der Wissenschaft des Schuldners; sie ist selbst gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen, also gegen sein Verbot zulässig[130]). Dagegen braucht der Gläubiger die Zahlung durch einen nicht beauftragten Dritten nicht schlechthin anzunehmen; auch wird er durch ein Anerbieten dieser Art nicht schlechthin in Verzug versetzt, sondern es muß ihm auf Verlangen vor allen Dingen Gewähr dafür geleistet werden, daß die Zahlung unter solchen Umständen geschehe, daß er auch das Gezahlte sicher behalten könne; auch darf der Gläubiger eine bestimmte Erklärung darüber verlangen, ob der Dritte als Mandatar oder als negotiorum gestor zahle oder nicht, und im Falle der Verweigerung einer bestimmten Erklärung die Annahme verweigern. Auch ist dem Schuldner in einem solchen Falle nicht gestattet, später sich zu seinem Vortheile auf ein derartiges Anerbieten gegen den Gläubiger zu berufen; er darf dies nur dann thun, wenn sich der Dritte als Vertreter des Schuldners gerirt und daß er als solcher handele dem Gläubiger erklärt hat[131]). Es genügt zur Befreiung des Schuldners durch Zahlung von Seiten eines nicht beauftragten Dritten die Absicht des letzteren, die Schuld des Anderen zu tilgen[132]). Zur Herstellung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Dritten, welcher eine fremde Schuld bezahlt, und dem Schuldner, welchen Ersterer auf Entschädigung belangen will, ist es aber allerdings nothwendig, daß der Dritte nicht gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Schuldners gezahlt habe; denn nur, wenn der Dritte ohne Auftrag und nicht gegen das ausdrückliche Verbot des Schuldners gezahlt hat, liegt in dem Zahlen für einen Anderen eine negotiorum gestio, welche den Letzteren zum Ersatze verpflichtet[133]), während im entgegengesetzten Falle der Dritte auf eigene Gefahr handelt und keinen Anspruch auf Ersatz hat[134]). Von selbst

130) Pr. Inst. III. 29. L. 23. 40. 53. D. 46. 3. L. 39. D. 3. 5.

131) Sintenis a. a. O. R. 37, S. 398.

132) L. 17. D. 46. 3. L. 65. §. 9. D. 12. 6. L. 31. pr. D. 5. 3. Es kann hierbei vorkommen, daß Jemand aus Irrthum eine fremde Schuld als seine eigene zahlt, nach Erkenntniß des Irrthums aber die Zahlung als auf die erstere geschehen annimmt und Ersatz verlangt, mithin seine eigene Handlung genehmigt. L. 49. D. 3. 5.

133) L. 43. D. 3. 5.

134) L. 8. §. 3. D. 3. 5. Es hängt dies mit der allgemeinen Vorschrift zusammen, daß eine negotiorum gestio nicht anzunehmen ist, wenn gegen das Verbot des Geschäftsherrn gehandelt worden ist. Vgl. den Art. Negotiorum gestio Bd. VII, S. 331. Ob nicht unter Umständen ungeachtet des Verbotes ein Anspruch auf Ersatz stattfinde, untersucht Heimbach sen., Erörterungen aus dem gem. u. sächs. Civilr. Bd. I, Nr. XII, S. 52 flg. Eine gegen das Verbot des Schuldners von einem Dritten geleistete Zahlung fällt, wenn sie in der Absicht, den Schuldner zu bereichern, geschieht, unter den Begriff der Schenkung.

versteht sich die Voraussetzung zum Anspruche auf Ersatz, daß die Zahlung überhaupt im Interesse des Schuldners sei; mangelt es an einem solchen, z. B. weil die Forderung eine nicht klagbare ist oder ihr triftige Einreden entgegenstehen, so kann der Dritte keinen Ersatz fordern[135]). — Unter Umständen kann sich der Gläubiger selbst bezahlt machen, z. B. wenn er das ihm für die Forderung bestellte Pfand oder die ihm, zum Zwecke der Befriedigung daraus, übergebene Sache verkauft oder wenn er mit dem Schuldner in einem Abrechnungsverhältnisse steht und für den Schuldner Gelder eingenommen hat. Der Gläubiger hat in einem solchen Falle seine Handlungsweise diesen Verhältnissen gemäß einzurichten. — Enthält die Leistung eine Veräußerung, so muß derjenige, welcher sie bewirkt, die Fähigkeit zur Veräußerung haben.

2) Enthält die Leistung eine Veräußerung im weiteren Sinne, d. h. eine Uebertragung eines bisher für eine bestimmte Person, hier die des Schuldners, bestehenden Rechtes auf einen Anderen oder die Bestellung eines neuen Rechtes kraft eines solchen, so muß der Zahlende im Stande sein, dem Gläubiger die fragliche Sache oder Befugniß dergestalt zu verschaffen, daß derselbe in das vermöge der Obligation zu gewährende Verhältniß zu der Sache oder Befugniß trete, d. h. der die Obligation Erfüllende muß, wenn die Leistung in der Uebertragung oder Bestellung eines Sachenrechtes besteht, dieses Sachenrecht selbst, bezüglich dasjenige Recht haben, vermöge dessen die erstere oder letztere unwiderruflich möglich ist; besteht die Leistung in der Uebertragung eines Forderungsrechtes, so muß dem Leistenden dieses Forderungsrecht wirklich zustehen. Eine wegen eines diesen Regeln entgegenstehenden Hindernisses unwirksame Zahlung wird dann vollständig wirksam, wenn das Hinderniß später beseitigt und das nöthige Erforderniß hergestellt wird[136]). Derselbe Erfolg tritt ein, wenn der geleistete Gegenstand dem Verbrauche unterworfen ist, was namentlich vom Gelde durch Ausgeben gilt[137]), und der Gläubiger die vom Schuldner gezahlten

---

Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. IV, S. 131. Darüber, daß sie dennoch nicht den erschwerenden Formen der Schenkung, namentlich der Insinuation unterliege und nicht wegen mangelnder Insinuation etwa doch eine Zurückforderung des Gezahlten gegen den Schuldner zuläßig sei, vgl. den Artikel Schenkung.

135) L. 43. D. 3. 5. Möglicher Weise kann es dann zwischen dem Schuldner und dem Dritten, welcher für ihn zahlt, zum Streite über die Erheblichkeit der Einrede kommen. Sintenis a. a. O. N. 40, S. 398. Selbst wenn die Einrede erheblich ist, wird es sich auch zwischen beiden um deren Beweis handeln; der Schuldner wird, um den Anspruch des Dritten auf Ersatz zu entkräften, auch darthun müssen, daß er den Beweis der Einrede durch andere Beweismittel als durch Eidesantrag hätte erbringen können; denn die Eidesdelation kann als Beweismittel hier für genügend nicht geachtet werden, da der Gläubiger den Eid acceptiren und leisten kann.

136) L. 60. 61. 98. pr. D. 46. 3.

137) L. 14. §. 8. L. 17. D. 46. 3. L. 19. §. 1. D. 12. 1. Obgleich diese

fremden Sachen dieser Art im guten Glauben verbraucht oder ausgegeben hat, oder wenn das vom Schuldner gezahlte fremde Geld mit dem eigenen Gelde des Gläubigers so vermischt worden ist, daß es von demselben nicht mehr unterschieden werden kann[138]).

3) Die Zahlung muß an die rechte Person bewirkt werden. Zuvörderst ist diese der Gläubiger selbst[139]); auch er muß aber, weil die Annahme der Zahlung ein Aufgeben der Forderung enthält, vollkommen handlungsfähig sein; sonst kann die Zahlung möglicher Weise unwirksam sein. Ueber die Zahlung an einen von mehreren Solidar- oder Correalgläubigern ist bereits anderwärts gehandelt worden[140]). Hiernächst kann a) die Zahlung an denjenigen geschehen, welcher zu ihrer Annahme als Stellvertreter des Gläubigers berechtigt ist. Dahin gehören: aa) der Bevollmächtigte, der aber entweder besonders dazu beauftragt sein oder einen allgemeinen Auftrag zur Verwaltung des ganzen Vermögens des Gläubigers erhalten haben muß[141]). Als beauftragt zur Annahme einer Zahlung ist auch derjenige zu betrachten, welcher eine quittirte Rechnung überbringt, wenn er auch nur als Bote auftritt. Der Auftrag dauert selbstverständlich nur so lange, als er nicht widerrufen oder sonst erloschen ist[142]). Hat der Schuldner von dem Auftrage, aber nicht von dessen Zurücknahme Wissenschaft, so kann er so lange noch wirksam zahlen[143]). Wird die an einen nicht dazu

---

Stellen nur vom Gelde handeln, so gilt doch ohne Zweifel dasselbe von anderen durch Ausgeben oder Verbrauch oder wie sonst verbrauchbaren Sachen. Nothwendig ist es aber nicht, daß dieser Erfolg eintrete; denn ist der Beweis der Identität noch in dritter Hand möglich, so ist auch Vindication des Geldes von Seiten des Eigenthümers zulässig, und dann ist auch keine Zahlung erfolgt, weil der Empfänger sich nur an den Gläubiger halten wird. Sintenis a. a. O. N. 43, S. 399.

138) L. 78. D. 46. 3. Was vom Gelde hier gesagt wird, ist unbedenklich auf andere vertretbare Sachen anzuwenden. Darauf, daß mit der Voraussetzung, ut discerni non possent, nicht immer auszukommen sei und daher dem richterlichen Ermessen mit Rücksicht auf die Umstände Spielraum gelassen werden müsse, macht mit Recht aufmerksam Sintenis a. a. O. N. 44, S. 399.

139) L. 39. D. 3. 5. L. 12. C. VIII. 42. (43.)

140) Vgl. den Art. Obligatio Bd. VII, S. 447 flg., 456 flg.

141) L. 12. pr. L. 34. §. 4. L. 86. 87. D. 46. 3. L. 6. §. 2. D. 12. 6. L. 11. §. 5. D. 13. 7. L. 19. C. 8. 42. (43.) Wer blos zur Führung eines Processes bevollmächtigt ist, dem kann nicht giltig gezahlt werden. L. 86. D. 46. 3.

142) L. 108. D. 46. 3.

143) L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. L. 51. D. 46. 3. Ob eine blos zufällig erlangte Wissenschaft genüge, um dem Schuldner die Befugniß zur giltigen Zahlung an den bisherigen Beauftragten zu entziehen oder ob eine Benachrichtigung desselben von der Zurücknahme des Auftrages durch den Gläubiger selbst nothwendig sei, kann bezweifelt werden. Die angezogenen Stellen stellen alles blos auf die ignorantia und es scheint daher auch zufällig erlangte Kenntniß von der Zurücknahme zu genügen, daß der Schuldner nicht mehr sicher an den bisherigen Mandatar zahlen kann. Gleiche Grundsätze gelten von der Möglichkeit der Zahlungen an einen filiusfamilias rücksichtlich seines Peculium. L. 18. 32. 35. D. 46. 3. L. 26. §. 8. D. 12. 6. L. 3. C. VIII. 42. (43.)

beauftragten Dritten geleistete Zahlung von dem Gläubiger genehmigt, so gilt dies dem Auftrage gleich[144]). bb) Der Tutor oder Curator[145]). Das nach einer Constitution Justinian's[146]) zur Befreiung der Schuldner Bevormundeter bei Zahlungen von diesen gehörigen Kapitalien erforderliche richterliche den Schuldner zur Zahlung ermächtigende Decret soll den Schuldner unter allen Umständen schützen, es mag das von ihm gezahlte Geld zum Vermögen des Bevormundeten gekommen sein und sich noch darin befinden oder nicht; dagegen ist das Decret nicht absolutes Erforderniß der Giltigkeit der Zahlung, indem auch eine ohne Decret geleistete Zahlung, wenn das Geld sich im Vermögen des Bevormundeten befindet oder er dadurch bereichert ist, giltig ist[147]). b) Giltig wird die Zahlung ferner geleistet an den, an welchen sie zu leisten der Gläubiger gestattet oder Anweisung ertheilt hat[148]), desgleichen c) an den Cessionar und d) an das Gericht oder die von dem Gerichte bestimmte Person, wenn dasselbe die Zahlung an den Gläubiger in den dazu nach dem jetzigen Concurs- und Executionsverfahren sich eignenden Fällen untersagt und sie entweder an das Gericht oder an die von diesem bestimmte Person zu leisten auferlegt hat. Im römischen Rechte besteht für die Execution an Activforderungen eines ausgeklagten Schuldners die Vorschrift, daß der Richter die unbestrittenen selbst einziehen oder verkaufen dürfe[149]), sowie daß der Gläubiger wegen der bestrittenen mit einer utilis actio zu klagen befugt sei[150]). Nach heutigem Proceßrechte wird dem Schuldner die Zahlung an seinen Gläubiger bei Vermeidung nochmaliger Zahlung untersagt und die Einzahlung an das gerichtliche Depositum auferlegt oder dem Gläubiger des ausgeklagten Schuldners wird die Beitreibung der Forderung des Letzteren aufgegeben. Ebenso werden im jetzigen Concurse die Activforderungen des Gemeinschuldners unter derselben Verwarnung und Auflage vom Gerichte in Beschlag genommen. Auch bei dem Arrest auf Forderungen wird ein Zahlungsverbot an den Schuldner erlassen, aber keine Anweisung zur Zahlung ertheilt. Unzweifelhaft hat ein Schuldner das Recht des Widerspruches gegen einen solchen an ihn erlassenen Befehl und des Antrages auf Verstattung rechtlichen Gehörs, bezüglich der Einwendung von Rechtsmitteln; ebenso unzweifelhaft trifft ihn die Gefahr, wenn er dem richterlichen Befehle zuwiderhandelt und Unrecht behält. Durch die in Gemäßheit des richterlichen Befehles geleistete

---

144) L. 12. §. 4. L. 49. D. 46. 2. L. 12. C. VIII. 42. (43.)

145) L. 14. §. 7. L. 49. D. 46. 3. L. 1. C. si adversus solut. II. 32. (33.)

146) L. 25. C. V. 37. verglichen mit §. 2. Inst. II. 8.

147) Es geht dies aus §. 2. Inst. II. 8. hervor.

148) L. 49. D. 46. 3. Hinsichtlich des Widerrufes einer ertheilten Anweisung gelten dieselben Grundsätze wie bei dem Auftrage. L. 106. D. 46. 3. Vgl. N. 143.

149) L. 15. §. 10. D. 42. 1. L. 2. 3. C. IV. 15.

150) L. 4. C. VIII. 16. (17.) L. 4. C. IV. 15.

Zahlung wird der Schuldner von der Forderung seines Gläubigers frei; er darf sich auf diese Zahlung diesem gegenüber, wenn er ihn verklagt, als zerstörliche Einrede berufen, und wenn blos Arrest angelegt ist, aus diesem eine dilatorische Einrede gegen ihn ableiten. Dagegen kann außer den Fällen der Execution, des Concurses und des Arrestes eine unbedingte Befugniß der Gerichte zur Auflage an den Schuldner, an das Gericht zu zahlen, nicht anerkannt werden[151]). Eine vermöge eines ungerechten richterlichen Erkenntnisses an einen Dritten geleistete Zahlung kann dem Schuldner gegen seinen wahren Gläubiger nicht zu statten kommen[152]). Endlich kann die Zahlung geschehen e) an diejenige dritte Person, an welche sie nach dem Vertrage alternativ neben dem Gläubiger geschehen soll, und in diesem Sinne muß dann auch eine alternativ auf einen Dritten als Gläubiger bezogene Obligation, welche für diesen nicht entstehen kann, genommen werden. In den Quellen des römischen Rechtes kommt kein Beispiel der ersteren Art vor, sondern nur solche der zweiten Art in der Stipulation, mihi aut Titio dare spondes? Diese werden nun in dem angegebenen Sinne aufgefaßt, indem die Absicht, den Dritten alternativ zum Gläubiger zu machen, nach dem Grundsatze, daß aus Verträgen für einen Dritten, wenn nicht der Contrahent seiner Gewalt unterworfen war, kein Forderungsrecht entstehen kann, nicht ausführbar, unter den Contrahenten aber ein Vertrag zu Gunsten Dritter dann von Wirkung ist, wenn die Contrahenten an dessen Erfüllung ein Interesse haben[153]). Die Worte: mihi dare spondes? sind als die eigentliche Grundlage der Stipulation anzusehen; die alternative Beziehung auf den Dritten, aut Titio, bleibt

151) Unterholzner a. a. O. S. 467 spricht sich dafür aus und stützt dies auf L. 7. §. 2. D. 4. 4., wo dem Minderjährigen, welchem ohne Zuziehung des Curator dessen Schuldner auf Befehl des Prätor Zahlung geleistet hat, die Restitution versagt wird, wenn auch der Befehl mit Unrecht ertheilt war. Es ist dies aber ein singulärer Fall, nach welchem andere Fälle ähnlicher richterlicher Auflagen nicht beurtheilt werden können. Der Grund, warum hier die Restitution versagt wird, liegt in der großen Gewalt der römischen Magistrate und in der dadurch für den Schuldner begründeten Nothwendigkeit dem Zahlungsbefehle zu gehorchen; wenn sich der Schuldner diesem fügt, ohne von der etwa zustehenden Appellation Gebrauch zu machen, so soll ihm dies nicht zum Vorwurfe gereichen, sondern er durch die Zahlung doch frei sein. Es liegt auf der Hand, daß die Stellung der römischen Magistrate selbst zur Kaiserzeit ungeachtet ihrer Unterordnung unter die kaiserliche Gewalt, schon bei dem großen Umfange der Gebiete, in welchen sie ihre Amtsgewalt ausübten, eine ganz andere und bedeutendere war, als die unserer Gerichtsbehörden, und es können daher die römischen Verhältnisse auf die unserigen nur mit Vorsicht angewendet werden. Dazu kommt, daß der in der angeführten Stelle erwähnte Fall heutzutage für unpraktisch anzusehen ist. Sintenis a. a. O. N. 30, S. 401. Heimbach sen., in den jurist. Abhandl. Bd. I, S. 366 flg.

152) Sintenis a. a. O. ebd. Vgl. Struben, rechtl. Bedenken Bd. IV, S. 467.

153) §. 20. Inst. III. 19. L. 38. §. 20—23. D. 45. 1. Das Nähere darüber wird der Art. Vertrag enthalten.

für den Erwerb einer Forderung aus dem Vertrage ganz irrelevant und steht deshalb auch dem Erwerbe des Stipulator nicht im Wege. Daher ist es nicht auffallend, daß, während sonst bei Stipulationen die Antwort des Promittenten der Frage des Stipulator ganz genau entsprechen mußte, die Erwähnung des Dritten auch nicht einmal generell mit in die Antwort aufgenommen zu werden brauchte, daß vielmehr auf die Frage: mihi aut Titio dare spondes? die Antwort tibi dare spondeo, eine vollgiltige Obligation erzeugte[154]). Die Beifügung des Dritten, welche eigentlich als ein ganz überflüssiger Zusatz zu betrachten gewesen wäre, wurde von den römischen Juristen so ausgelegt, daß dieselbe wenigstens unter den Contrahenten rechtliche Wirkungen hervorbrachte, indem sie annahmen, daß bei dem einmal feststehenden Rechtssatze, daß Dritte aus Verträgen keine Forderung erwerben könnten, die Paciscenten auf den Dritten gar nicht obligationis causa, sondern nur solutionis causa Bezug genommen haben könnten[155]), d. h. daß durch eine Zahlung des Promissor an den bestimmten Dritten die mit dem Stipulator bestehende Obligation erfüllt werde. Dieser Dritte wird gewöhnlich solutionis gratia adiectus oder schlechthin adiectus genannt; letzterer Ausdruck kommt in den römischen Quellen mehrmals vor[156]), ist jedoch keineswegs technisch. Von dem adiectus solutionis gratia ist bereits in einem anderen Artikel gehandelt worden[157]), auf welchen man sich daher bezieht. Der heutige Gebrauch dessen, was das römische Recht darüber bestimmt, ist im ganzen nicht zu bezweifeln. Denn wenn auch gleich die formelle Stipulation nicht mehr vorkommt, so sind doch auf dem Wege des formlosen Vertrages dieselben Verabredungen möglich, welche bei den Römern durch Stipulation geschahen, und da der Grundsatz des römischen Rechtes, daß Dritte aus fremden Verträgen ein Forderungsrecht nicht erwerben können, im wesentlichen unbestritten gilt, so können den der römischen Stipulation: mihi aut Titio dare spondes? entsprechenden Verabredungen auch nur dieselben Wirkungen, wie dieser Stipulation, beigelegt werden. — Die an eine andere Person als den Gläubiger oder denjenigen, an welchen nach dem Vorstehenden Zahlung geleistet werden darf, geschehene Zahlung kann doch auf mehrfache Weise wirksam werden: a) wenn jene Person später wirklich an die Stelle des Gläubigers tritt, so steht dem Schuldner eine doli exceptio

154) L. 141. §. 3. D. 45. 1.

155) L. 56. §. 2. L. 141. §. 3. D. 45. 1. L. 16. pr. L. 23. D. 46. 1. L. 95. §. 5. fin. L. 98. §. 3. D. 46. 3.

156) L. 12. D. 38. 1. L. 141. §. 7. D. 45. 1. L. 12. 28. pr. D. 45. 3. L. 23. D. 46. 1. L. 59. 95. §. 5. 7. D. 46. 3.

157) Vgl. den Art. Adiectus Bd. I, S. 132 flg. Hauptsächlich ist aber auf die gründliche Abhandlung von Brandis, im rhein. Museum Bd. V, S. 257—318 zu verweisen. Die ältere Literatur darüber ist, mit Ausnahme dessen, was Donellus, Comm. iur. civil. Lib. XVI. cap. 10. §. 31—38. enthält, ohne Bedeutung.

gegen dieselbe zu, wenn sie die Forderung geltend machen will[158]); b) wenn umgekehrt der Gläubiger Rechtsnachfolger jener Person wird[159]); c) ebenfalls Einredeweise dadurch, wenn der Schuldner eine Schuld seines Gläubigers als negotiorum gestor bezahlt, welchenfalls er, wenn die Bedingungen der negotiorum gestio vorhanden sind, mit dem Anspruche des Gläubigers compensiren kann; d) steht dem Schuldner eine Einrede zu, wenn er zwar auch nicht unter solchen Voraussetzungen an einen Dritten gezahlt hat, jedoch der Gegenstand der Leistung unmittelbar und ohne Entgelt an den Gläubiger gelangt oder mittelbar ihm zu Gute gekommen ist[160]). — Dasselbe gilt von einer an den Gläubiger selbst, welchem die volle Handlungsfähigkeit abgeht, ohne Concurrenz seines Tutor oder Curator geleisteten Zahlung; ist er nämlich dauernd bereichert, so steht der Klage auf nochmalige Zahlung die Einrede des dolus entgegen[161]). Der Zeitpunkt, wo die Bereicherung noch vorhanden sein muß, ist der der erhobenen Klage[162]); als eine solche gilt jedoch auch die Verwendung des empfangenen Geldes zum Ankaufe einer Sache, welche nothwendig sonst mit eigenem Gelde hätte angeschafft werden müssen, wenngleich die Sache vor der Litiscontestation zu Grunde gegangen ist[163]).

158) L. 96. §. 4. D. 46. 3.

159) L. 11. §. 5. D. 13. 7.

160) Es ist Streit darüber, ob und inwiefern der Schuldner sich durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreien, und ob und inwiefern ihm überhaupt eine Zahlung nütze, welche er nicht an seinen Gläubiger, sondern an einen Dritten leistet, welche aber doch dem Gläubiger zum Vortheile gereicht. Die gemeine Meinung ist für beides, für ersteres namentlich auf Grund der L. 6. D. 44. 4. Vgl. z. B. Thibaut, Pandektensystem §. 648 (Ausg. 8.). Wening-Ingenheim, gem. Civilrecht §. 245 Ausg. von Fritz. Letzterer dagegen in den Erl. zu Wening S. 383 sowie Vangerow, Leitfaden Bd. III, S. 171, 3. Aufl. führen alles auf negotiorum gestio und darauf zu gründende Compensation zurück. Müller, im Archiv für civil. Praxis Bd. XV, S. 263 flg. will der Zahlung an einen Dritten nur dann Wirkung beimessen, wenn der Gläubiger sie erlaubt oder genehmigt oder den Schuldner dazu veranlaßt hat, so daß die Verweigerung der Anerkennung einen dolus enthalten würde. So richtig die von Müller hingestellten positiven Resultate sind, so geht doch die gemeine Meinung mit Recht weiter, indem sie durch folgende Stellen eine sichere Stütze erhält: L. 28. D. 46. 3., welche davon spricht, daß durch Zahlung an den protutor Befreiung erfolge, wenn das Geld dem Pupillen zu Gute gekommen ist; L. 34. §. 9. D. 46. 3., welche davon spricht, daß eine von Seiten eines Erbschaftsschuldners an den praedo geleistete Zahlung, wenn derselbe dem Erben das Geld restituirt, den Schuldner befreie; letzteres bestätigt auch L. 25. §. 17. D. 5. 3.; dazu kommt noch ein Schluß aus L. 17. D. 46. 3. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 469, N. y. Sintenis a. a. O. N. 75, S. 405. Durch diese Stellen erhalten auch L. 61. D. 46. 3. und L. 11. §. 5. D. 13. 7., welche man hier beachtet, aber durch Auslegung zu beseitigen oder mit der Ansicht von der Ausschließlichkeit der negotiorum gestio in Einklang zu bringen versucht hat, ihr richtiges Verständniß.

161) L. 15. D. 46. 3. §. 2. Inst. II. 8.

162) L. 47. pr. D. 46. 3. L. 4. D. 46. 1.

163) L. 47. §. 1. D. 46. 3.

III. Gerichtliche Deposition. Wenn der Gläubiger die Annahme der Zahlung verweigert oder er ist selbst nicht oder Niemand für ihn dann vorhanden, wenn der Schuldner nach den Umständen zur Zahlung und zu der Erwartung, daß diese angenommen werde, berechtigt ist, und er will Zahlung leisten, so kann der Schuldner zwar mit der Zahlung Anstand nehmen; er kann aber auch dasjenige thun, was zur Versetzung des Gläubigers in Verzug nothwendig ist, und wenn er dieses gethan hat, auch ferner mit der Zahlung anstehen. Will er aber die Auflösung der Obligation selbst herbeiführen, so muß er, wenn der Gegenstand der Leistung in einer beweglichen Sache besteht, sich durch gerichtliche Niederlegung derselben davon befreien. Das Nähere darüber ist bereits in anderen Artikeln vorgetragen worden [164]).

IV. Beweis der Zahlung. Selbstverständlich muß bei einem über die Leistung einer Zahlung entstehenden Streite der Schuldner den Beweis der Zahlung führen [165]). Er kann sich dazu aller Beweismittel bedienen. Sofern dies durch Zeugen geschehen soll, verlangt das römische Recht eine größere Anzahl Zeugen, nämlich fünf, zum Beweise der Rückzahlung, über welche keine Quittung ausgestellt ist, sowie Zuziehung von fünf Zeugen bei Quittungen über Zurückzahlung größerer Darlehenssummen [166]). Obwohl die fortwährende Anwendbarkeit dieser Bestimmungen noch von Manchen behauptet wird [167]), so hat sich doch eine entschiedene Praxis dagegen erklärt und verlangt ebensowenig Zuziehung von Zeugen bei Ausstellung von Quittungen, als mehr als die gewöhnliche Zahl von zwei Zeugen zum Beweise der Zahlung ohne Quittung [168]). Ueber den Beweis der Zahlung durch Quittungen ist auf den betreffenden Artikel zu verweisen [169]). Hinzuzufügen ist jedoch noch Folgendes. Die Anwendung, welche die Praxis von der Bestimmung des römischen Rechtes [170]), daß derjenige, welcher die Bezahlung der öffentlichen Abgaben durch Quittungen auf drei hintereinander folgende Jahre nachweisen kann, die Bezahlung der Abgaben für die vorhergehenden Jahre nicht zu beweisen braucht, auf alle zu gewissen Terminen wiederkehrende Zahlungen unter Privatpersonen macht, wie auf Zinsen, Pacht- und Miethgelder u. s. w., findet hinreichende Unterstützung darin, daß schon unter Justinian in den Edicten

---

164) Vgl. den Artikel Deposition Bd. III, S. 312 flg. und den Artikel Obligatio Bd. VII, S. 491 flg.

165) L. 25. C. VIII. 42. (43.)

166) L. 17. C. IV. 2. Nov. 73. c. 8. L. 18. C. IV. 20. Nov. 90. c. 2.

167) Glück, Erl. der Pand. Bd. 22, S. 219 flg. und vorzüglich Linde, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 241 flg.

168) Boehmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 19. §. 34. Tit. 20. §. 21. Stryk, Usus mod. Pand. Lib. XXII. Tit. 5. §. 15. Hassenpflug, in der jurist. Zeitung Jahrg. 1829 S. 65. In den meisten Lehrbüchern werden jene besonderen Erfordernisse des römischen Rechtes gar nicht erwähnt.

169) Vgl. den Art. Quittung Bd. VIII, S. 865 flg.

170) L. 3. C. X. 22.

der prätorischen Präfecten dieselbe Anwendung auf dergleichen Zahlungen unter Privatpersonen gemacht worden ist. So erklärt ein Edict von Eugenius, welcher im Jahre 540 oder 547 prätorischer Präfect war, die fragliche aus der Vorlegung dreijähriger Quittungen über öffentliche Abgaben entspringende Vermuthung für die Bezahlung der Abgaben der vorhergehenden Jahre auch unter Privatpersonen für statthaft, sowohl in Bezug auf Miethzinsen und Zinsen als auf alle anderen jährlich wiederkehrenden Leistungen[171]). Ist hiernach die Anwendung, welche die Praxis macht, unbedenklich, so ist auch kein Grund, solche blos auf jährlich wiederkehrende Leistungen zu beschränken, sondern dieselbe ist auch auf die in kürzeren Terminen wiederkehrenden Leistungen zuzulassen[172]). Dagegen kann der durch andere Beweismittel als Quittungen geführte Beweis der Zahlung nicht eine gleiche Vermuthung begründen[173]); denn Quittungen als Geständnisse und Empfangsbekenntnisse fallen hier deshalb mehr in das Gewicht, weil aus ihnen hervorgeht, daß der Gläubiger die Zahlung auf das laufende Jahr angenommen, nicht aber auf einen älteren Rückstand seiner Befugniß gemäß abgesetzt hat, und dann, weil die Quittung ohne einigen Vorbehalt eines Rückstandes ertheilt ist. Zum Gegenbeweise gegen die gesetzliche Vermuthung nur Urkunden zuzulassen, weil die betreffende Constitution nur des Urkundenbeweises gedenkt, ist kein Grund vorhanden und auch die Praxis hat sich gegen diese Beschränkung in der Art der Beweismittel entschieden[174]). In folgenden Fällen entsteht dafür, daß die Schuld erlassen sei, eine Vermuthung: 1) wenn dem Schuldner der Schuldschein vom Gläubiger zurückgegeben worden ist[175]), wogegen der bloße Besitz des Schuldscheines auf Seiten des Schuldners eine solche Vermuthung nicht begründet; 2) wenn der Schuldschein Zeichen an sich trägt, welche üblich sind, um die Ungiltigerklärung eines solchen anzudeuten, vorausgesetzt, daß sich die Urkunde in diesem Zustande in den Händen des Gläubigers befindet[176]).

Heimbach sen.

171) Zachariae, Ἀνέκδοτα p. 267. Vgl. Heimbach sen., in den jurist. Abhandl. herausg. von Ortloff Bd. I, S. 607—610. Auch hat das OAGericht zu Jena so erkannt.

172) A. M. ist Bülow, Abhandlungen Bd. II, S. 193—197.

173) Bülow a. a. O. S. 195 flg. A. M. ist Berger, Elect. discept. for. p. 747.

174) Berger l. c. p. 747.

175) L. 2. §. 1. D. 2. 14. Dort ist ausdrücklich von der Vermuthung des Erlasses die Rede. Eben davon sind L. 14. 15. C. VIII. 42. (43.) zu erklären. Falsch ist es, wenn man eine gesetzliche Vermuthung für die Zahlung daraus abgeleitet hat, obwohl nicht zu leugnen ist, daß eine starke factische Vermuthung für die Zahlung daraus entsteht, welche zu einem nothwendigen Eide führen kann. Vgl. bes. Vermehren, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XI, S. 262—284, der sowie Linde a. a. O. S. 245 flg. auch mit Recht darauf aufmerksam macht, daß es unter Umständen für die praktischen Folgen sehr wichtig ist, ob man eine Vermuthung der Zahlung oder des Erlasses annimmt.

176) L. 24. D. 22. 3. Auch hier ist die Vermuthung nicht für Zahlung,

Spiel und Wette[1]). Der gewöhnliche Inhalt einer vertragsmäßigen Obligation kann sich dadurch besonders gestalten, daß die Contrahenten die Verbindlichkeit zu einer Leistung oder deren Gegenstand von einem bestimmt bezeichneten, aber jetzt doch für die Contrahenten unentschiedenen Umstande in der Art abhängig machen, daß dadurch für den einen oder anderen Contrahenten ein Gewinn oder Verlust entstehen kann und von den Umständen, vom Glück abhängt. Verträge dieser Art nennt man Glücksverträge im weiteren Sinne oder gewagte Geschäfte. Aehnlich brauchen die Römer den Ausdruck alea in verschiedenen Zusammenstellungen, so daß er einen ungewissen Glückszufall oder den ungewissen Ausgang eines Geschäftes, bei dem Gewinn oder Verlust möglich ist, bezeichnet[2]). Sie können als eine besondere Gattung der Verträge nicht gelten, da sie nur eine Modification des Inhaltes anderer gewöhnlicher Verträge sind, wozu sich aber nur gegenseitige Verträge eignen. Es wird hierbei irgend ein an sich bestimmter Vertrag vorausgesetzt und das Eigenthümliche des Vertrages, welcher durch eine solche Verabredung näher bestimmt wird, liegt darin, daß die Contrahenten von dem Ausfalle irgend eines näher bezeichneten Ereignisses entweder die Begründung einer Verbindlichkeit oder den Umfang einer Leistung abhängig machen, was insbesondre bei gegenseitigen Verträgen zur Folge haben kann, daß von Seiten des einen Contrahenten gar nichts zu leisten ist oder der Werth der einen Leistung zu dem der anderen in gar keinem Verhältnisse steht. Im römischen Rechte gehören hierher das nauticum foenus[3]), der Verkauf einer künftigen Ernte[4]),

---

sondern für Erlaß oder Verzicht. Vgl. Bülow a. a. O. S. 191. Vermehren a. a. O. S. 281.

1) a) Quellen: Dig. Lib. XI. Tit. 5. Cod. Lib. III. Tit. 43. Teutschrechtliche Quellen werden später besonders bezeichnet werden. b) Literatur: Glück, Erl. der Pand. Bd. XI, S. 325 flg. v. d. Pfordten, Abhandl. aus dem Pandektenrechte S. 328—333. Wilda, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. II, S. 133—193. Bd. VIII, S. 200—239. Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. II, §. 97, S. 289 flg. §. 123, S. 732 flg. Souchay, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 328, 330. Unterholzner, im Archiv für civil. Praxis Bd. IX, S. 430 flg.

2) L. 8. §. 1. D. 18. 1. L. 7. 11. D. 18. 4.

3) L. 3. D. 22. 2. Auch andere gewagte Geschäfte ähnlicher Art werden dem nauticum foenus gleichgeachtet. L. 5. D. 22. 2. Die von Cujacius, Obs. Lib. IX. cap. 28. aus einer nicht mehr aufzufindenden Handschrift der Basiliken (lib. LIII.) mitgetheilte griechische Paraphrase letzterer Stelle ist nicht aus dem Texte, sondern aus den älteren Scholien der Basiliken entlehnt, wahrscheinlich aus dem index des Dorotheus, da sie eine ziemlich wörtliche Uebersetzung enthält. Vgl. über diese Stelle Glück, Erl. der Pandekten Bd. 21, S. 153—156.

4) L. 8. pr. L. 39. §. 1. D. 18. 1. S. Glück a. a. O. Bd. IV, S. 192 flg. Bd. 16, S. 32. Man nennt einen solchen Kauf mit einem neueren Kunstausdrucke emtio rei speratae und zum Begriffe desselben gehört, ut nascatur. Daher fällt, wenn gar nichts geerntet wird, mit dem Wegfalle der Leistung auch die Gegenleistung weg.

eines Fischzuges [5]), der Hoffnung auf eine Erbschaft [6]). Im heutigen Rechte ist durch den Verkehr der Kreis dieser Verträge sehr bedeutend erweitert worden; es ist in der That dahin gekommen, daß sie unter Umständen Glücksspielen gleich sind und für viele Formen derselben ist eine Unterscheidung gar nicht möglich. Der Verkehr mit Staatspapieren, Actien u. dergl. ist zu einer solchen Ausdehnung gelangt, daß er einen besonderen Theil des Handelsrechtes bildet und zum Gebiete des Civilrechtes nur die schon im römischen Rechte vorkommenden Beispiele und ähnliche gerechnet werden. Ist ein Wagniß der ausschließliche Zweck und Inhalt eines Geschäftes dergestalt, daß die Entstehung der Verbindlichkeit zu irgend einer Leistung, ein Gewinn auf der einen und ein Verlust von der anderen Seite lediglich von einem Glücksfalle abhängig gemacht wird, so entsteht der Begriff der Spiele und Wetten, der Glücksverträge im engeren, eigentlichen Sinne. Der Unterschied dieser von denen im weiteren Sinne besteht darin, daß die letzteren übrigens die Eigenschaften und Erfordernisse eines ordentlichen und rechtlich vollkommen bestimmten Vertrages haben und nur in der angegebenen Weise modificirt sind, während die ersteren eine in diesen Voraussetzungen ganz verschiedene für sich stehende Klasse von Verträgen bilden. Ueber die Stellung der Glücksverträge im eigentlichen Sinne im Systeme wird gestritten [7]). Spiele sind Uebereinkünfte, wonach

---

5) L. 8. §. 1. D. 18. 1. L. 7. D. 18. 4. L. 11. §. 18. fin. L. 12. D. 19. 1.

6) L. 10. 11. 13. D. 19. 1. Der Kauf eines Fischzuges oder Vogelfanges oder der Hoffnung auf eine Erbschaft heißt bei den Römern selbst emtio spei. L. 8. §. 1. D. 18. 1. Hier muß das Kaufgeld doch bezahlt werden, wenn sich die Hoffnung auch nicht realisirt. Im Einzelfalle kann es zweifelhaft sein, ob die Absicht auf eine emtio spei oder rei speratae gerichtet gewesen ist. Vgl. Glück a. a. O. Bd. IV, S. 196.

7) Vgl. Pfordten a. a. O. S. 329 und Puchta, Pandekten §. 258. Thibaut, System des Pandektenr. §. 574 stellt sie unter die unbestätigten pacta; Mackeldey, Lehrb. §. 442, führt sie als verbotene Verträge am Schlusse an; bei Heise, Grundriß, und Wening-Ingenheim, Civilr. Buch III, §. 206 stehen sie unter den wesentlich zweiseitigen Verträgen; Mühlenbruch, Pandektenr. §. 425, stellt sie unter die Rubrik Glücksverträge neben die nach anderen Eintheilungsprincipien gebildeten Klassen. Puchta übergeht sie in der Reihe der einzelnen Obligationen gänzlich und erwähnt sie nur im allgemeinen Theile des Forderungsrechtes unter der Rubrik: Inhalt der Verträge, als gewagte Geschäfte. Pfordten sondert sie als eine besondere Klasse von Verträgen, welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig seien, ab und führt sie als eigenthümliche Gestaltung neben den rein einseitigen und gegenseitigen auf; es bedarf aber einer solchen rubricirenden Bezeichnung nicht, sondern es genügt die Bezeichnung der Glücksverträge im eigentlichen Sinne als Anhang der gegenseitigen Verträge. Die Glücksverträge unterscheiden sich dadurch, daß sie ein allgemeines (abstractes) debere aus einer Uebereinkunft begreifen, welche nur dadurch charakterisirt wird, daß die Frage, wer Gläubiger und wer Schuldner (eines übrigens an sich bestimmten Gegenstandes) werde, durch den Ausfall eines ungewissen Ereignisses entschieden werden soll, von den Verträgen, welche unter einer zufälligen Bedingung abgeschlossen sind; denn bei

zwei oder Mehrere, welche gemeinschaftlich daran Theil nehmen, nach gewissen Regeln und unter bestimmt bezeichneten künftigen, jetzt noch ungewissen Umständen, einen Gewinn für den Einen oder Einige und dagegen einen Verlust für den oder die Anderen festsetzen. **Wette** ist die bei Aufstellung widerstreitender Behauptung, sie möge etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges betreffen, getroffene Uebereinkunft, daß derjenige, dessen Behauptung sich als unrichtig erweisen würde, etwas Bestimmtes verwirkt haben (oder als Strafe zahlen) solle [8]). Der Begriff der Spiele ist in den Quellen des römischen Rechtes nicht bestimmt enthalten; es finden sich verschiedene Auffassungen desselben und Manche gehen so weit, daß sie es für unmöglich halten, Spiel und Wette immer zu unterscheiden [9]). Beide können allerdings in Einem Acte zusammentreffen; auch kann das Wetten in ein Spiel ausarten und dieses unter jenem getrieben werden. Allein beide unterscheiden sich wesentlich einmal durch das Motiv, welches bei dem Spiele beabsichtigter Gewinn, bei der Wette die Lust am Rechthaben in einer Meinungsverschiedenheit ist, und dann darin, daß die Entscheidung des Spieles immer von etwas noch Künftigem, Ungewissem, dessen Eintritt nach den für jedes einzelne Spiel bestimmten allgemeinen Regeln abhängt, die einer Wette aber nur von der Gewißheit über einen der Vergangenheit oder Gegenwart oder Zukunft angehörigen Umstand, der Einem auch schon bekannt sein kann; endlich darin, daß bei dem Spiele in der Regel eigene Thätigkeit der Spielenden vorausgesetzt wird, während die Wettenden sich meistens leidend verhalten,

---

den letzteren hängt die ganze Perfection von der Bedingung ab, während der Glücksvertrag an sich, abgesehen von entgegenstehenden gesetzlichen Verboten, vollkommen besteht. Auch Glücksverträge im weiteren Sinne sind nicht mit solchen bedingten Verträgen zu verwechseln, zu welchen sie **Mühlenbruch**, Pand. §. 423 zählt. Denn bei bedingten Verträgen besteht das Eigenthümliche in der Unentschiedenheit der Existenz des Vertrages, welche bei Glücksverträgen im weiteren Sinne niemals vorwaltet. **Sintenis**, Civilr. Bd. II, §. 67, S. 289 flg.

8) **Wilda**, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. VIII, S. 212. Dagegen erklärt **Pforbten** a. a. O. S. 331, welchem auch **Sintenis** a. a. O. S. 291 beipflichtet, die Wette für den Vertrag, wonach zwei oder mehrere über eine bestimmte Behauptung streitende Personen einen Gewinn festsetzen, welchen derjenige von ihnen, welcher Recht hat, von den übrigen erhalten soll. Allein **Wilda** a. a. O. bemerkt dagegen mit Recht, daß zwar gewöhnlich das, was der Eine verwette, dem Anderen zu Theil werde; daß dieses aber nicht zum Begriffe der Wette gehöre. Denn häufig wird gleich bestimmt, daß der Wettpreis nicht dem Sieger zufallen, sondern gemeinschaftlich auf eine zugleich näher angegebene Weise verwendet werden solle; es kann aber auch bestimmt werden, daß die Wettsumme zum Besten der Armen, einer milden Stiftung u. s. w. ausgesetzt werden soll, wobei es sich freilich fragt, ob dieser Dritte ein Klagrecht darauf hat.

9) J. B. **Wening-Ingenheim** a. a. O. §. 206, N. q. **Souchay**, in der Zeitschr. Bd. III, S. 330.

obwohl letzteres nicht wesentlich bei der Wette ist[10]). In der Darstellung der Lehre von Spiel und Wetten müssen wir das römische und teutsche Recht nach dem Vorgange von Wilda von einander trennen. Von den Civilisten und auch von vielen Germanisten wird zwar die Giltigkeit der Bestimmungen des römischen Rechtes in dieser Lehre behauptet, höchstens mit dem Zugeständnisse, daß es durch teutsche Rechtssitte und Gesetze hier und da etwas modificirt worden sei. Allein diese angeblichen Abweichungen und Modificationen des römischen Rechtes in seiner heutigen Anwendung haben eine Grundlage, welche vor der Herrschaft des römischen Rechtes schon da war; sie sind Bestandtheile der teutschrechtlichen Lehre von Spiel und Wette, welche zwar sich hat gefallen lassen müssen, in einem fremden Gewande als eine fremde Einwanderin im eigenen Vaterlande betrachtet zu werden, im Leben aber eigentlich ihre Herrschaft nie verloren hat und umsoweniger ignorirt werden kann, je mehr sie das Verständniß der so zahlreichen Partikulargesetze über diesen Gegenstand erleichtert und möglich macht, ja dazu nothwendig ist.

A. Spiel. I. Römisches Recht. Bei den Römern unterschied man alea im eigentlichen Sinne, d. h. jedes Glücksspiel, bei welchem der auf das Spiel gesetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufalle abhängt, und ludi, qui virtutis causa fiunt, Spiele, wodurch man den Muth übte und den Körper abhärtete, auch denselben geschickt und gewandt zum Kriege zu machen suchte. Spiele der letzteren Art waren erlaubt und noch Justinian erlaubt fünf derselben, auch wenn sie um Geld geschehen; nur soll selbst der Reiche nicht über einen solidus spielen[11]). Bloße Glücksspiele waren schon früh bei den Römern verboten. Es werden nicht nur mehrere Volksschlüsse (lex Titia, Publicia, Cornelia) erwähnt, welche bei den ludi, qui virtutis causa fiunt, auch Wetten (sponsio) verstattet hätten, bei Glücksspielen nicht[12]), sondern auch ein Senatsschluß, welcher um Geld zu spielen, außer bei den ludi, qui virtutis causa fiunt, verboten habe[13]). Justinian erneuerte also nur ein altes Verbot, wenn er in der darüber erlassenen Constitution[14]) die gänzliche Ungiltigkeit der durch Glücksspiele gewirkten Schulden aussprach und überhaupt die privatrechtlichen Folgen näher bestimmte. Strafrechtliche Folgen hat er nicht an das verbotene Spiel geknüpft, wie dies im älteren Rechte der Fall war[15]). Nur Confiscation der Häuser, in welchen sich equi oder equestres lignei befanden, befiehlt

10) Wie Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 270, N. 63 u. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 425, N. 1 annehmen.
11) L. 1. C. III. 43. Vgl. über die fünf von Justinian erlaubten Spiele Glück, Erl. der Pand. Bd. 11, S. 326 flg.
12) L. 3. D. 11. 5.
13) L. 2. §. 1. D. 11. 5.
14) L. 1. C. III. 43.
15) Cicero Philipp. II. c. 23.

zwei oder Mehrere, welche gemeinschaftlich daran Theil nehmen, nach gewissen Regeln und unter bestimmt bezeichneten künftigen, jetzt noch ungewissen Umständen, einen Gewinn für den Einen oder Einige und dagegen einen Verlust für den oder die Anderen festsetzen. Wette ist die bei Aufstellung widerstreitender Behauptung, sie möge etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges betreffen, getroffene Uebereinkunft, daß derjenige, dessen Behauptung sich als unrichtig erweisen würde, etwas Bestimmtes verwirkt haben (oder als Strafe zahlen) solle [8]). Der Begriff der Spiele ist in den Quellen des römischen Rechtes nicht bestimmt enthalten; es finden sich verschiedene Auffassungen desselben und Manche gehen so weit, daß sie es für unmöglich halten, Spiel und Wette immer zu unterscheiden [9]). Beide können allerdings in Einem Acte zusammentreffen; auch kann das Wetten in ein Spiel ausarten und dieses unter jenem getrieben werden. Allein beide unterscheiden sich wesentlich einmal durch das Motiv, welches bei dem Spiele beabsichtigter Gewinn, bei der Wette die Lust am Rechthaben in einer Meinungsverschiedenheit ist, und dann darin, daß die Entscheidung des Spieles immer von etwas noch Künftigem, Ungewissem, dessen Eintritt nach den für jedes einzelne Spiel bestimmten allgemeinen Regeln abhängt, die einer Wette aber nur von der Gewißheit über einen der Vergangenheit oder Gegenwart oder Zukunft angehörigen Umstand, der Einem auch schon bekannt sein kann; endlich darin, daß bei dem Spiele in der Regel eigene Thätigkeit der Spielenden vorausgesetzt wird, während die Wettenden sich meistens leidend verhalten,

---

den letzteren hängt die ganze Perfection von der Bedingung ab, während der Glücksvertrag an sich, abgesehen von entgegenstehenden gesetzlichen Verboten, vollkommen besteht. Auch Glücksverträge im weiteren Sinne sind nicht mit solchen bedingten Verträgen zu verwechseln, zu welchen sie Mühlenbruch, Pand. §. 423 zählt. Denn bei bedingten Verträgen besteht das Eigenthümliche in der Unentschiedenheit der Existenz des Vertrages, welche bei Glücksverträgen im weiteren Sinne niemals vorwaltet. Sintenis, Civilr. Bd. II, §. 67, S. 289 flg.

8) Wilda, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. VIII, S. 212. Dagegen erklärt Pfordten a. a. O. S. 331, welchem auch Sintenis a. a. O. S. 291 beipflichtet, die Wette für den Vertrag, wonach zwei oder mehrere über eine bestimmte Behauptung streitende Personen einen Gewinn festsetzen, welchen derjenige von ihnen, welcher Recht hat, von den übrigen erhalten soll. Allein Wilda a. a. O. bemerkt dagegen mit Recht, daß zwar gewöhnlich das, was der Eine verwette, dem Anderen zu Theil werde; daß dieses aber nicht zum Begriffe der Wette gehöre. Denn häufig wird gleich bestimmt, daß der Wettpreis nicht dem Sieger zufallen, sondern gemeinschaftlich auf eine zugleich näher angegebene Weise verwendet werden solle; es kann aber auch bestimmt werden, daß die Wettsumme zum Besten der Armen, einer milden Stiftung u. s. w. ausgesetzt werden soll, wobei es sich freilich fragt, ob dieser Dritte ein Klagrecht darauf hat.

9) Z. B. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 206, N. q. Souchay, in der Zeitschr. Bd. III, S. 330.

obwohl letzteres nicht wesentlich bei der Wette ist[10]). In der Darstellung der Lehre von Spiel und Wetten müssen wir das römische und teutsche Recht nach dem Vorgange von Wilda von einander trennen. Von den Civilisten und auch von vielen Germanisten wird zwar die Giltigkeit der Bestimmungen des römischen Rechtes in dieser Lehre behauptet, höchstens mit dem Zugeständnisse, daß es durch teutsche Rechtssitte und Gesetze hier und da etwas modificirt worden sei. Allein diese angeblichen Abweichungen und Modificationen des römischen Rechtes in seiner heutigen Anwendung haben eine Grundlage, welche vor der Herrschaft des römischen Rechtes schon da war; sie sind Bestandtheile der teutschrechtlichen Lehre von Spiel und Wette, welche zwar sich hat gefallen lassen müssen, in einem fremden Gewande als eine fremde Einwanderin im eigenen Vaterlande betrachtet zu werden, im Leben aber eigentlich ihre Herrschaft nie verloren hat und umsoweniger ignorirt werden kann, je mehr sie das Verständniß der so zahlreichen Partikulargesetze über diesen Gegenstand erleichtert und möglich macht, ja dazu nothwendig ist.

A. Spiel. I. Römisches Recht. Bei den Römern unterschied man alea im eigentlichen Sinne, d. h. jedes Glücksspiel, bei welchem der auf das Spiel gesetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufalle abhängt, und ludi, qui virtutis causa fiunt, Spiele, wodurch man den Muth übte und den Körper abhärtete, auch denselben geschickt und gewandt zum Kriege zu machen suchte. Spiele der letzteren Art waren erlaubt und noch Justinian erlaubt fünf derselben, auch wenn sie um Geld geschehen; nur soll selbst der Reiche nicht über einen solidus spielen[11]). Bloße Glücksspiele waren schon früh bei den Römern verboten. Es werden nicht nur mehrere Volksschlüsse (lex Titia, Publicia, Cornelia) erwähnt, welche bei den ludi, qui virtutis causa fiunt, auch Wetten (sponsio) verstattet hätten, bei Glücksspielen nicht[12]), sondern auch ein Senatsschluß, welcher um Geld zu spielen, außer bei den ludi, qui virtutis causa fiunt, verboten habe[13]). Justinian erneuerte also nur ein altes Verbot, wenn er in der darüber erlassenen Constitution[14]) die gänzliche Ungiltigkeit der durch Glücksspiele gewirkten Schulden aussprach und überhaupt die privatrechtlichen Folgen näher bestimmte. Strafrechtliche Folgen hat er nicht an das verbotene Spiel geknüpft, wie dies im älteren Rechte der Fall war[15]). Nur Confiscation der Häuser, in welchen sich equi oder equestres lignei befanden, befiehlt

---

10) Wie Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 270, N. 63 u. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 425, N. 1 annehmen.

11) L. 1. C. III. 43. Vgl. über die fünf von Justinian erlaubten Spiele Glück, Erl. der Pand. Bd. 11, S. 326 flg.

12) L. 3. D. 11. 5.

13) L. 2. §. 1. D. 11. 5.

14) L. 1. C. III. 43.

15) Cicero Philipp. II. c. 23.

er[16]). In einer späteren Verordnung bedroht er Geistliche, welche spielen, mit kirchlichen Strafen[17]). Die privatrechtlichen Folgen des Spielverbotes sind: 1) der Spielvertrag ist nichtig, dergestalt, daß der Spielverlust nicht nur nicht eingeklagt, sondern auch der bereits bezahlte von dem Verlierenden unbedingt zurückgefordert werden kann; dasselbe Recht haben die Erben, und üben es diese nicht aus, so können die Municipalbehörde oder der Fiscus es ausüben[18]). Hat ein Kind unter väterlicher Gewalt Geld verspielt, so steht dem Vater dessen Zurückforderung zu[19]). Die Klage auf Zurückgabe des Spielverlustes ist die condictio sine causa oder condictio ex iniusta causa[20]), obwohl sie bei manchen Neueren condictio lusu perditi genannt wird. Die Verjährungszeit der Klage dauert hier 50 Jahre[21]). Selbst gegen den Vater und Patron hat der Freigelassene eine actio utilis aus dem prätorischen Edict auf Zurückgabe des Spielverlustes[22]). 2) Wenn Jemand bei dem Spiele einem Anderen eine Sache verkauft, um Geld zum Spiele zu erhalten, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird[22a]). Darüber, ob derjenige, welcher wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiele dargeliehen hat, das Darlehen einklagen könne oder nicht, findet sich im römischen Rechte keine Bestimmung und es wird daher unter den Civilisten über diese Frage gestritten[23]). Unseres Erachtens kann nach römischem Rechte über die Verwerflichkeit der Darlehnsklage, jedoch nur infolge einer vorgeschützten exceptio kein Zweifel sein, weil derjenige, welcher wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiele leiht, etwas ob turpem causam gegeben hat; der Empfänger des Darlehens ist zwar in pari

---

16) L. 1. C. III. 43. Die verschiedenen Meinungen über die equi seu equestres lignei, welche hier genannt werden, führt an Balsamo ad Phot. Tit. XIII. cap. 29. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. canon. vet. T. II. p. 1131.)

17) Nov. 123. c. 10.

18) L. 1. C. III. 43.

19) L. 4. §. 1. D. 11. 5.

20) L. 6. D. 12. 5. L. 2. §. 3. D. 12. 7.

21) L. 1. C. III. 43.

22) L. 4. §. 2. D. 11. 5. Vgl. den index dieser Stelle, wahrscheinlich von Dorotheus in Sch. Ἐὰν υἱος. Basil. T. V. p. 416. ed. Heimb. von den Worten an: εἰ δὲ καὶ πατέρες παῖδας, und den Text der Basiliken selbst Lib. LX. Tit. 8. cap. 4. th. 3.

22a) L. 2. §. 1. D. 44. 5.

23) Die Einklagung des Darlehens verstatten die bei Glück a. a. O. Bd. 11, S. 334, N. 44 angeführten Schriftsteller. A. M. sind Glück selbst a. a. O. S. 334 flg. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 424. Göschen, gem. Civilr. §. 544. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 735 u. N. 5. Die Vertheidiger letzterer Ansicht berufen sich mit Recht auf L. 12. §. 11. D. 17. 1., worin zwar der fragliche Fall nicht ausdrücklich entschieden wird, aber demjenigen, welcher im Auftrage eines verschwenderischen und leichtsinnigen jungen Mannes sich für eine liederliche Frauensperson verbürgt hat, der Regreß mit der mandati actio versagt wird, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.

turpitudine, aber die Zurückforderung kommt dann in Wegfall[24]) infolge des höheren Princips: in pari causa melior est conditio possidentis[25]). Die Unstatthaftigkeit der Zurückforderung wird zwar ausdrücklich nur in Bezug auf die condictio ob turpem ausgesprochen; es kann aber wohl nicht bezweifelt werden, daß auch die condictio certi ex mutuo hinfällig werden muß, wenn der Empfänger den unerlaubten Zweck des Darlehens, um welchen der Darleiher gewußt hat, im Wege der Exception vorschützt und erweist. Eine sofortige Abweisung der Darlehensklage wird ohne vorgeschützte Exception schon deshalb nicht erfolgen können, weil der Klagvertrag nur des vorgestreckten Darlehens, nicht aber des unerlaubten Zweckes, zu dem es gegeben worden, Erwähnung thun wird. Eine Zurückforderung des vom Empfänger zurückgezahlten derartigen Darlehens erscheint uns nach römischem Rechte aus denselben Gründen unzulässig; dafür spricht ebenfalls der Satz, daß, wo auf Seiten des Gebers und des Empfängers turpis causa ist, der Besitz den Ausschlag giebt. Uebrigens ist diese Frage vielmehr aus dem teutschen Rechte zu entscheiden. 3) Im prätorischen Edicte war verordnet, daß derjenige, welcher Spieler aufnimmt, keine Genugthuung und Schadloshaltung fordern könne, wenn er deswegen von Jemandem beleidigt worden ist oder sonst bei dieser Gelegenheit Schaden erlitten hat[26]). Gleichgiltig ist, ob der Schade oder die Beleidigung von den Spielern selbst oder von Anderen zugefügt worden ist; das Edict macht keinen Unterschied, sondern versagt demjenigen, welcher Spieler aufnimmt, dem susceptor (*ταβλοδόχος* in den alten Basilikenscholien)[27]), die Genugthuung. Dagegen macht Ulpian bei Auslegung des Edictes einen Unterschied, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist oder ob er blos Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Falle hat er nur dann keine Klage, nicht blos keine Pönalklage, sondern auch keine actio ad exhibendum, vindicatio oder condictio furtiva, wenn der

---

24) L. 3. D. 12. 5.

25) L. 8. D. 12. 5.: porro autem si dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse.

26) Die Stelle des prätorischen Edicts ist erhalten in L. 1. pr. D. 11. 5. Ueber die Lesart dolo eius ist Streit, und Andere substituiren dafür domo eius. Vgl. Glück a. a. O. Bd. 11, S. 338, N. 58. Schon zu Ulpian's Zeiten hat eine verschiedene Lesart existirt, wahrscheinlich e domo eius oder de domo eius, wie sich daraus ergiebt, daß Ulpian in L. 1. §. 2. D. eod. das Wort domus erklärt. Auch ist das dolo bei subtractum ein ganz überflüssiges Prädicat, da selbstverständlich ein Diebstahl nicht ohne dolus verübt werden kann. Auch die Basiliken und die älteren Scholien unterstützen die Lesart dolo eius nicht, sondern vielmehr die andere. Der aus der Digestenbearbeitung des Anonymus entlehnte Text in Basil. Lib. LX. Tit. 8. cap. 1. sagt: *ἢ — ἐξ αὐτοῦ κλέψας.* Der hier wahrscheinlich in einer abgekürzten Bearbeitung erhaltene index der fraglichen Stelle von Dorotheus (Sch. *Ὁ παρέχων* Basil. T. V. p. 416. ed. Heimb.) sagt: *ἤ τι κλέψει παρ᾽ αὐτῷ.*

27) *Ὁ παρέχων οἶκον τοῖς βουλομένοις κοττίσαι, ταβλοδόχος λέγεται.* Vgl. das in der vorigen Note angeführte Scholium.

er[16]. In einer späteren Verordnung bedroht er Geistliche, welche spielen, mit kirchlichen Strafen[17]. Die privatrechtlichen Folgen des Spielverbotes sind: 1) der Spielvertrag ist nichtig, dergestalt, daß der Spielverlust nicht nur nicht eingeklagt, sondern auch der bereits bezahlte von dem Verlierenden unbedingt zurückgefordert werden kann; dasselbe Recht haben die Erben, und üben es diese nicht aus, so können die Municipalbehörde oder der Fiscus es ausüben[18]. Hat ein Kind unter väterlicher Gewalt Geld verspielt, so steht dem Vater dessen Zurückforderung zu[19]. Die Klage auf Zurückgabe des Spielverlustes ist die condictio sine causa oder condictio ex iniusta causa[20], obwohl sie bei manchen Neueren condictio lusu perditi genannt wird. Die Verjährungszeit der Klage dauert hier 50 Jahre[21]. Selbst gegen den Vater und Patron hat der Freigelassene eine actio utilis aus dem prätorischen Edict auf Zurückgabe des Spielverlustes[22]. 2) Wenn Jemand bei dem Spiele einem Anderen eine Sache verkauft, um Geld zum Spiele zu erhalten, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird[22a]. Darüber, ob derjenige, welcher wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiele dargeliehen hat, das Darlehen einklagen könne oder nicht, findet sich im römischen Rechte keine Bestimmung und es wird daher unter den Civilisten über diese Frage gestritten[23]. Unseres Erachtens kann nach römischem Rechte über die Verwerflichkeit der Darlehnsklage, jedoch nur infolge einer vorgeschützten exceptio kein Zweifel sein, weil derjenige, welcher wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiele leiht, etwas ob turpem causam gegeben hat; der Empfänger des Darlehens ist zwar in pari

---

16) L. 1. C. III. 43. Die verschiedenen Meinungen über die equi seu equestres lignei, welche hier genannt werden, führt an Balsamo ad Phot. Tit. XIII. cap. 29. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. canon. vet. T. II. p. 1131.)

17) Nov. 123. c. 10.

18) L. 1. C. III. 43.

19) L. 4. §. 1. D. 11. 5.

20) L. 6. D. 12. 5. L. 2. §. 3. D. 12. 7.

21) L. 1. C. III. 43.

22) L. 4. §. 2. D. 11. 5. Vgl. den index dieser Stelle, wahrscheinlich von Dorotheus in Sch. *Ἐὰν υἱος*. Basil. T. V. p. 416. ed. Heimb. von den Worten an: *εἰ δὲ καὶ πατέρες παῖδας*, und den Text der Basiliken selbst Lib. LX. Tit. 8. cap. 4. th. 3.

22a) L. 2. §. 1. D. 44. 5.

23) Die Einklagung des Darlehens verstatten die bei Glück a. a. O. Bd. 11, S. 334, N. 44 angeführten Schriftsteller. A. M. sind Glück selbst a. a. O. S. 334 flg. Mühlenbruch, Pandektenr. §. 424. Göschen, gem. Civilr. §. 544. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 735 u. N. 5. Die Vertheidiger letzterer Ansicht berufen sich mit Recht auf L. 12. §. 11. D. 17. 1., worin zwar der fragliche Fall nicht ausdrücklich entschieden wird, aber demjenigen, welcher im Auftrage eines verschwenderischen und leichtsinnigen jungen Mannes sich für eine liederliche Frauensperson verbürgt hat, der Regreß mit der mandati actio versagt wird, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.

turpitudine, aber die Zurückforderung kommt dann in Wegfall[24]) infolge des höheren Princips: in pari causa melior est conditio possidentis[25]). Die Unstatthaftigkeit der Zurückforderung wird zwar ausdrücklich nur in Bezug auf die condictio ob turpem ausgesprochen; es kann aber wohl nicht bezweifelt werden, daß auch die condictio certi ex mutuo hinfällig werden muß, wenn der Empfänger den unerlaubten Zweck des Darlehens, um welchen der Darleiher gewußt hat, im Wege der Exception vorschützt und erweist. Eine sofortige Abweisung der Darlehensklage wird ohne vorgeschützte Exception schon deshalb nicht erfolgen können, weil der Klagvertrag nur des vorgestreckten Darlehens, nicht aber des unerlaubten Zweckes, zu dem es gegeben worden, Erwähnung thun wird. Eine Zurückforderung des vom Empfänger zurückgezahlten derartigen Darlehens erscheint uns nach römischem Rechte aus denselben Gründen unzulässig; dafür spricht ebenfalls der Satz, daß, wo auf Seiten des Gebers und des Empfängers turpis causa ist, der Besitz den Ausschlag giebt. Uebrigens ist diese Frage vielmehr aus dem teutschen Rechte zu entscheiden. 3) Im prätorischen Edicte war verordnet, daß derjenige, welcher Spieler aufnimmt, keine Genugthuung und Schadloshaltung fordern könne, wenn er deswegen von Jemandem beleidigt worden ist oder sonst bei dieser Gelegenheit Schaden erlitten hat[26]). Gleichgiltig ist, ob der Schade oder die Beleidigung von den Spielern selbst oder von Anderen zugefügt worden ist; das Edict macht keinen Unterschied, sondern versagt demjenigen, welcher Spieler aufnimmt, dem susceptor (*ταβλοδόχος* in den alten Basilikenscholien)[27]), die Genugthuung. Dagegen macht Ulpian bei Auslegung des Edictes einen Unterschied, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist oder ob er blos Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Falle hat er nur dann keine Klage, nicht blos keine Pönalklage, sondern auch keine actio ad exhibendum, vindicatio oder condictio furtiva, wenn der

---

24) L. 3. D. 12. 5.

25) L. 8. D. 12. 5.: porro autem si dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse.

26) Die Stelle des prätorischen Edicts ist erhalten in L. 1. pr. D. 11. 5. Ueber die Lesart dolo eius ist Streit, und Andere substituiren dafür domo eius. Vgl. Glück a. a. O. Bd. 11, S. 338, N. 58. Schon zu Ulpian's Zeiten hat eine verschiedene Lesart existirt, wahrscheinlich e domo eius oder de domo eius, wie sich daraus ergiebt, daß Ulpian in L. 1. §. 2. D. eod. das Wort domus erklärt. Auch ist das dolo bei subtractum ein ganz überflüssiges Prädicat, da selbstverständlich ein Diebstahl nicht ohne dolus verübt werden kann. Auch die Basiliken und die älteren Scholien unterstützen die Lesart dolo eius nicht, sondern vielmehr die andere. Der aus der Digestenbearbeitung des Anonymus entlehnte Text in Basil. Lib. LX. Tit. 8. cap. 1. sagt: *ἢ — ἐξ αὐτοῦ κλέψας.* Der hier wahrscheinlich in einer abgekürzten Bearbeitung erhaltene index der fraglichen Stelle von Dorotheus (Sch. *Ὁ παρέχων* Basil. T. V. p. 416. ed. Heimb.) sagt: *ἤ τι κλέψει παρ' αὐτῷ.*

27) *Ὁ παρέχων οἶκον τοῖς βουλομένοις κοττίσαι, ταβλοδόχος λέγεται.* Vgl. das in der vorigen Note angeführte Scholium.

Diebstahl in seiner Wohnung und zur Zeit des Spielens geschah; im letzteren Falle wird ihm die Klage schlechterdings versagt, die Beleidigung oder Schadenszufügung mag geschehen sein, wo und zu welcher Zeit sie wolle [28]). Ob diese Bestimmungen noch praktisch sind, ist bestritten [29]). Fallen Beleidigungen, Schadenszufügungen, Beraubungen unter den Spielern selbst vor, so finden die deshalb zustehenden Klagen unter ihnen statt; das Edict versagt die Klagen nur dem susceptor [30]). 4) Geistliche, welche verbotene Spiele spielen oder ihnen beiwohnen, werden suspendirt [31]). 5) Diejenigen, welche zum Spiele zwingen, werden mit Strafe bedroht; die Strafe liegt nach dem prätorischen Edicte in des Magistrates Ermessen; nach Ulpian's Auslegung ist die Strafe entweder eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe [32]).

II. Teutsches Recht [33]). 1) Aelteres Recht. Entstehung der Unwirksamkeit der Spielschulden. Beschränkungen und Verbote in Bezug auf das Spiel sind in Teutschland erst allmälig entstanden, unabhängig vom römischen Rechte und ohne daß eine besondere Mitwirkung der Geistlichkeit, ein Einfluß des kanonischen Rechtes, welches besonders Spielverbote für die Geistlichkeit enthielt, sich bemerken läßt. Für die älteste Zeit macht sowohl das Zeugniß des Tacitus [34]) über den Hang der Teutschen zum Spiele, als das Schweigen der alten Volksrechte und der scandinavischen Rechtsquellen es wahrscheinlich, daß der Spielvertrag eben so verbindlich war wie jeder andere Vertrag. Die erste Spur einer beschränkteren Wirksamkeit des Spielvertrages findet sich im Sachsenspiegel, wo der Erbe, welcher sonst für die Schulden des Erblassers insoweit haftete, als die fahrende Habe reichte, von der Verbindlichkeit zur Bezahlung der Spielschuld frei-

28) L. 1. §. 2. D. 11. 5. Zu dieser Auslegung und zu diesem Unterschiede haben wahrscheinlich die Worte des Edicts selbst, nach dem, was über die Lesart bemerkt worden ist, Veranlassung gegeben. Daß nicht blos die actio furti, sondern auch die anderen im Texte genannten Klagen versagt werden, sagt Ulpian ausdrücklich in L. 1. §. 3. D. 11. 5. und erklärt die Ansicht des Pomponius, welcher es auf die Pönalklage beschränkte, für unrichtig.

29) Vgl. die verschiedenen Ansichten darüber bei Glück a. a. O. Bd. 11, S. 339 flg. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II, S. 735, N. 5, hält diese Vorschriften für völlig unverträglich mit unseren Sitten und für durchaus unpraktisch und erblickt darin nur eine rechtspolizeiliche veraltete Maßregel, worin wir ganz mit ihm einverstanden sind.

30) L. 1. §. 1. D. 11. 5. Dort ist nur von der den Spielern gegen einander zustehenden actio vi bonorum raptorum die Rede, aber in einer Art, daß dasselbe auch von den anderen Klagen gelten muß: susceptorem enim duntaxat prohibuit vindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni videantur.

31) Nov. 123. c. 10.

32) L. 1. pr. §. 4. D. 11. 5.

33) Vgl. besonders Wilda, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. II, S. 111—193, dem wir hauptsächlich gefolgt sind, da seine Abhandlung über das Spiel ebenso wie die andere über die Wetten ganz neue Forschungen, namentlich aus dem Gebiete des teutschen Rechtes, enthält.

34) Tacit. de morib. Germanor. c. 24.

gesprochen wird[35]), eine Bestimmung, welche vielfach in anderen Rechtsbüchern und Statuten wiederholt worden ist. Außerdem findet sich im Sachsenspiegel nur noch die Bestimmung, daß, wenn ein Knecht seines Herrn Gut verspielt, verkauft, verpfändet oder sonst veräußert, der Herr es wiederfordern kann, während dem Herrn das Klagrecht versagt wird, wenn der Knecht sein eigenes Gut in der angegebenen Weise verbringt, weil er es ihm nicht zu ersetzen braucht, wenn er ihm auch sonst Verluste ersetzen müßte[36]). Auch diese Bestimmung ist in viele andere Rechtsbücher und Statuten übergegangen. Eine Zurückforderung des Spielverlustes war hiernach unzulässig; es ergiebt sich aber nicht, ob der Spielgewinn gegen den Verlierenden eingeklagt werden konnte. Jeder nach dem Sachsenspiegel in dieser Beziehung etwa noch übrige Zweifel wird aber durch das Rechtsbuch nach Distinctionen beseitigt, in welchem die Verbindlichkeit einer Spielschuld nach Landrecht im Gegensatze zum Weichbildrechte ausdrücklich anerkannt wird[37]). Auch finden sich noch andere Zeugnisse für die Klagbarkeit der Spielschulden[38]). Ungeachtet die Entbindung des Erben von der Verpflichtung zur Bezahlung einer Spielschuld die erste Spur einer diese Verbindlichkeit nicht begünstigenden Ansicht ist, so war die Spielschuld dennoch nicht nur rechtsbeständig und klagbar, sondern sie galt auch, insofern die Bezahlung vor dem Auseinandergehen der Parteien verlangt wurde, als eine so liquide Schuld, daß dem Gläubiger das Pfändungsrecht deshalb selbst da noch zustand, wo es ihm sonst wegen kundlicher unleugbarer Schuld nicht mehr gestattet war[39]). Suchte sich der Schuldner der Zahlung oder Pfändung zu entziehen oder hatte er kein hinreichendes Pfand bei sich, so konnte man sich selbst seiner Person versichern[40]); es war dieses Recht auch keineswegs, wie die fragliche Stelle des sächsischen Weichbildes anzudeuten scheint, dadurch bedingt, daß in dem Hause des Gläubigers gespielt worden war, sondern es stand dem gewinnenden

35) Sächs. Landr. B. 1, Art. 6, §. 2.

36) Sächs. Landr. B. 3, Art. 6, §. 12.

37) Rechtsb. nach Distinctionen B. IV, Cap. 36, dist. 11 vergl. dist. 10. Ausg. von Ortloff.

38) Z. B. der am 9. October 1331 von dem Grafen Ulrich von Würtemberg mit der Stadt Eßlingen geschlossene Vergleich, vermöge dessen die Stadt versprach, daß ein würtembergischer Unterthan wegen dort gemachter Spielschulden dort nicht festgehalten, auch kein Zwang gegen ihn geübt, sondern nur das bei ihm Vorgefundene abgepfändet und er wegen des weiteren Anspruches vor seinem zuständigen Gerichte belangt werden sollte. Vgl. Reyscher, Samml. würtemb. Gesetze Bd. IV, S. 5.

39) Bamberger Stadtr. §. 125, bei Zöpfl, das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina (Heidelb. 1839) Urkundenbuch S. 39. Ebd. §. 124 wird die Pfändung wegen Zinses so lange zugelassen, als derselbe nicht berichtigt war, während §. 122 wegen anderer Schuld die Pfändung ohne Urtheil und gerichtliche Erlaubniß nicht gestattet.

40) Sächs. Weichbild nach dem Codex Palatinus N. 461 herausgeg. von v. Thüngen (Heidelb. 1839) Art. 349.

und nicht befriedigten Mitspieler ohne Rücksicht auf den Ort, wo gespielt wurde, zu, was das alte, wahrscheinlich dem 13. Jahrhunderte angehörige, Lüneburger Stadtrecht bestätigt[41]). Die in diesem Stadtrechte sich ebenfalls findende Bestimmung, daß der Richter von jeder eingeklagten Spielschuld den dritten Theil erhält, was nach den Distinctionen nur dann im Landrechte eintrat, wenn der Kläger ein Gast war, kommt auch in anderen statutarischen Rechten vor[42]). Ausnahme von obigen Satzungen ist, wenn das alte Braunschweiger Stadtrecht das Festhalten wegen Spielschuld verbietet und blos gerichtliche Belangung gestattet[43]). — Eine unbedingte Aufhebung der Klagbarkeit der Spielschuld findet sich zuerst in dem Magdeburgischen, 1261 nach Breslau geschickten, Schöffenrechte Art. 51[44]), wo bestimmt wird, daß, wenn Jemand um Spielschuld beklagt wird, er darum nicht zu antworten braucht. Dasselbe ist zufolge der Distinctionen nach Weichbildrechte im Gegensatze zum Landrechte der Fall[45]). Der späteren Bearbeitungen der aus dem Magdeburgischen Rechte hervorgegangenen Rechtsquellen angehörige Zusatz zu dem erwähnten Artikel des Magdeb. Rechtes[46]): „und der Richter soll darüber nicht richten", scheint den Richter zur Abweisung der Spielklagen von Amtswegen anzuweisen, wenn auch der Beklagte die Klagbarkeit nicht bestritten hatte. Mißverständniß scheint es zu sein, wenn das alte Culmische Recht dieses sogar auf den Fall ausdehnt, wenn Jemand durch falsche Würfel im Spiele betrogen worden ist[47]); denn andere Rechtsquellen verstatten wegen Betruges im Spiele, die Spielschuld mochte eingeklagt werden können oder nicht, sonst immer eine Klage und bedrohen die Betrüger, namentlich die, welcher sich falscher Würfel bei dem Spiele bedienten, mit Strafen[48]). Die Aufhebung der Klagbarkeit der Spielschulden scheint zunächst nur in der Absicht geschehen zu sein, übermäßiges Spiel zu verhindern, damit nicht im Taumel der Leidenschaft die Bürger verleitet werden möchten, ihr Vermögen ganz oder zum großen Theile auf das Spiel zu setzen. Zur Erreichung dieses Zweckes schien die Versagung der Klagbarkeit zu genügen; der Gewinner

41) Iura vetustissima civit. Luneb. (in Dreyer, Nebenstunden S. 376) Cap. 36.

42) Hamb. Stadtr. v. 1270 XII, 7 bei Anderson, Hamb. Privatr. Bd. I, S. 100.

43) Leges antiquissimae civit. Brunsv. IV. 57. bei Leibnitz, Scriptor. rer. Brunsv. T. III. p. 442.

44) Bei Gaupp, das Hallische und Magdeb. Recht S. 239. Magdeb.-Görlitzer Recht von 1304 Art. 107 (ebd. S. 305). Altculmisches Recht Art. 77 (Ausg. von Leman, Berlin 1838) S. 77.

45) Rechtsb. nach Distinct. B. IV, Cap. 36, dist. 9.

46) Sächs. Weichbild Art. 101. Ausg. von Ludovici.

47) Altes Culm. Recht a. a. O. Art. 78.

48) Z. B. alte Augsburg. Statuten v. 1276 Art. 397, §. 2 bei Walch, Beitr. zu den teutschen Rechten Bd. IV, S. 393. Ebd. Art. 209, S. 215. Ueber die harten Strafen, welche gegen falsche Spieler verhängt wurden, vgl. Wilda a. a. O. S. 150, N. *.

durfte sich an das halten, was der Spieler bei sich führte; entwischte letzterer, so war er der Verbindlichkeit ledig [49]). Daher durfte auch ein weiterer Zwang gegen den Spieler, wenn das, was er bei sich führte, was er um und an hatte, zur Bezahlung der Spielschuld nicht hinreichte, nicht geübt werden; man durfte sich nicht an seine Person halten oder ihn zu Stellung eines Bürgen nöthigen; eine solche Bürgschaft war unwirksam. Ebenso durfte dem Spieler zum Spiele nicht mehr dargeliehen werden, als seine Kleider werth waren [50]). Besondere Beschränkungen kamen bei Unmündigen vor. Nach einigen Statuten darf ein Unmündiger nicht mehr als seine Kleider, welche er gerade trägt, verspielen und um nicht mehr gepfändet werden; das, was er sonst noch bei sich hatte, galt als Eigenthum seines Vaters oder dieser konnte es wenigstens zurückfordern [51]). Einzelne Statuten verbieten schon jedes Spiel mit Unmündigen [52]). Abgesehen von den erwähnten besonderen, auf die Unmündigen bezüglichen Bestimmungen war der leitende Grundsatz der, daß Niemand mehr, als er gerade bei sich führte, solle verspielen können, oder daß man, wie sich spätere Statuten ausdrücken, nicht auf Borg solle spielen dürfen. Weiter wurde dann auch noch die Selbsthilfe beseitigt, deren Anwendung früher zulässig war, um den Spieler zur Bezahlung der Spielschuld mit dem, was er bei sich führte, zu nöthigen [53]). Die bisher erwähnten Beschränkungen des Spieles sind schon während des 13. Jahrhunderts in den Städten entstanden. Daher werden in den Distinctionen noch Landrecht und Stadtrecht bei diesem Gegenstande einander entgegengesetzt; die Bestimmungen des Stadtrechtes haben aber auch schon im 14. Jahrh. im Landrechte Eingang gefunden, ohne jedoch damals schon allgemeine Giltigkeit erlangt zu haben. Abgesehen von der Glosse zum Sachsenspiegel, welche denselben offenbar aus dem Stadtrechte erklärt [54]), ist hier besonders das Rechtsbuch König Ludwigs von Bayern zu erwähnen, welches keine Klage mehr wegen einer Spielschuld gestattet,

49) Vgl. die lateinische Uebersetzung des Art. 104 des sächs. Weichb. Ausg. von Ludovici, woraus wahrscheinlich die Glosse zum sächs. Landr. B. 3, Art. 6 entlehnt ist.

50) Augsb. Stat. v. 1276, Art. 398. Leges Goslar. §. 126. bei Leibnitz, Scriptor. rer. Brunsv. T. III. p. 520. Rechtsb. nach Distinct. B. IV, Cap. 36, dist. 8.

51) Aeltestes Freiberger Stadtrecht in Schott, Sammlung Bd. III, S. 286. Aelteste Regensburger Statuten v. 1320 in v. Freyberg, Samml. hist. Schrift. Bd. V, Heft 1, S. 16. Das älteste Wiener Stadtrecht v. 1296 verbietet den Stadtschülern das Verspielen der Kleider, Bücher u. s. w. ganz und läßt nur das Verspielen von Geld, was sie bei sich führen, zu. Alberti Ducis Austriae iur. antiq. civit. Viennensis conf. a. 1296. §. 15. bei Senkenberg, Visiones p. 283.

52) Alte Augsburg. Stat. Art. 207, 208, 403.

53) Ausdrücklich spricht dies nur aus das Rechtsbuch der Stadt Memmingen v. 1396 Art. 34 in v. Freyberg, Samml. Bd. V, S. 293.

54) Glosse zum sächs. Landr. B. 3, Art. 6.

ja dieselbe sogar verpönt und nur erlaubt, den Spieler an seiner fahrenden Habe zu pfänden[55]. In den meisten der erwähnten Statuten ist fast immer vom Doppelspiele die Rede und unverkennbar hatte man vorzüglich die Spiele vor Augen, welche des Gewinns wegen betrieben wurden und ihrer Beschaffenheit nach das waren, was wir jetzt Hazardspiele nennen; allein verschiedene Spiele hat man damals noch nicht unterschieden; der Verlust bei dem Spiele war auf das beschränkt, was man bei sich hatte; wegen des Mehreren fand niemals eine Klage statt.

2) Entstehung des Unterschiedes zwischen erlaubten und verbotenen oder strafbaren Spielen als Grundlage der jetzt geltenden Rechtsansicht. Zunächst in den Städten entwickelte sich immer mehr, theilweise wohl durch die wirklich oder vermeintlich oft dabei vorgekommenen Unredlichkeiten veranlaßt, eine dem Spiele ungünstige Ansicht, in deren Folge die Gesetzgebung in Betreff des Spieles strenger wurde[56]. Bei der größeren Rohheit der Sitten wurde das Spiel nicht nur ebenso leidenschaftlich betrieben, wie es auch noch jetzt bisweilen der Fall ist, sondern es führte auch oft zu Excessen und blutigen Auftritten[57]. Im 14. und 15. Jahrhunderte war die Spielsucht weit verbreitet, namentlich in den Städten. Es finden sich Karthöfe für Frauenspersonen, z. B. in Ulm. Häufig wurden Unmündige in Spielgesellschaften gezogen; namentlich aber wurde in den Frauenhäusern dem Hang zum Spiele gefröhnt, wogegen Maßregeln getroffen wurden[58]. An manchen Orten, z. B. in Frankfurt, verkaufte der Rath zur Verhütung von Unterschleif die Würfel, welche häufiger als Karten gebraucht wurden, selbst; auch wurde die Erlaubniß zum Spiel an einen Unternehmer verpachtet, wie in Frankfurt und Arnheim[59]. Früher als in Teutschland wurde in den Städten Italiens schon im 13. Jahrhunderte das Spielen vielfach durch Spielverbote und Strafandrohungen beschränkt[60] und auch in den niederländischen Städten scheint dasselbe zu gleicher Zeit der Fall gewesen zu sein. In Teutschland nahm erst mit dem 14. Jahrh. die Gesetzgebung allmälig diese Richtung, während es noch vielfach bei der Nichtklagbarkeit der Spielschulden sein Bewenden behielt und an manchen Orten sogar der Spielvertrag noch als eine rechtskräftige Verbindlichkeit hervorbringend angesehen wurde[61]. Die

55) Rechtsb. K. Ludwigs von Bayern v. 1346 Art. 272, 273 in v. Freyberg, Samml. Bd. IV, S. 478.

56) So hält die Glosse zum sächs. Landr. B. 3, Art. 6 den Spieler für viel ärger als einen Räuber. Das alte Culmische Recht Art. 78 und alte Augsburg. Stadtrecht Art. 207 erklären sich ebenfalls ungünstig über das Spiel.

57) Siehe die Nachweisungen bei Wilda a. a. O. S. 155.

58) S. Wilda a. a. O. S. 155 flg.

59) Vgl. Wilda a. a. O. S. 156.

60) S. Hüllmann, Städtewesen im Mittelalter Bd. IV, S. 247 flg.

61) So wiederholt das Hamburger Stadtrecht von 1497 Art. 13 bei Anderson, Hamb. Privatr. Bd. I, S. 467 die Bestimmungen des Hamburg.

ältesten bekannten Strafgesetze gegen das Spiel in teutschen Städten rühren aus dem Anfange des 14. Jahrhunderts her[62]). Seit dem 14. Jahrhunderte mehren sich die Spielverbote in den Stadtrechten; sie wurden an demselben Orte oft erneuert, geändert, geschärft oder auch wohl gemildert. Auch in der Landesgesetzgebung, seitdem die größere Einwirkung der Landesregierungen auf die Rechtsbildung mit dem 15. und 16. Jahrhunderte stattfand, geschah dasselbe, theils in den Landes- und Polizeiordnungen, theils in besonderen Verordnungen, gewöhnlich in Verbindung mit den damals häufigen Luxusgesetzen, wodurch dem Aufwande in der Kleidung, der Schwelgerei bei Hochzeiten und Leichenschmäußen gesteuert werden sollte. Schon früher waren die auf das Spiel bezüglichen Bestimmungen nicht überall dieselben gewesen; nunmehr aber, seit man das Spiel gewissermaßen auf das Gebiet des Strafrechtes hinübergezogen hatte, zeigt sich eine um so größere Verschiedenheit, ein gewisses Schwanken. Es lassen sich jedoch die dabei leitenden Grundansichten ziemlich sicher herausfinden. Dabei ist Folgendes zu beachten. a) Die Verbote und Strafgesetze gingen zunächst gegen gewisse Arten von Spielen, namentlich gegen das eigentliche Doppel- und Würfelspiel[63]) oder auch gegen andere gleichartige unter dem Gattungsnamen des Doppelspieles mitbegriffene Spiele, welche oft besonders benannt, bisweilen aber auch ganz allgemein bezeichnet wurden, als Spiele „damit man den Pfennig verlieren kann", „das an den Pfenning", „an Gewinn und Verlust geht"[64]), worunter nicht jedes Spiel um Geld, sondern nur ein solches Spiel gemeint ist, bei welchem man leicht etwas Beträchtliches an Geld verlieren kann, welches den Wohlstand und die Sittlichkeit gefährdet. b) In anderen Gesetzen wird, ohne daß eine besondere Gattung von Spielen erwähnt wird, ganz allgemein das hohe Spielen verboten, welcher relative Begriff sehr verschieden bestimmt wird[65]). c) Bisweilen wird das Spielen auf

---

Stadtrechtes v. 1270. Das Lübische Stadtrecht enthält in seinen mehrfachen Recensionen keine besonderen Vorschriften über das Spiel, die sonst in den meisten Statuten, selbst kleinerer Städte, vorkommen.

62) Statuta Gottingensia v. 1301 bei Puffendorf, Observ. T. III. p. 192. Statuten der Stadt Bremen v. 1303 Art. 12 in Oelrich, Samml. der Gesetzbücher der Stadt Bremen S. 41.

63) Casseler Statuten v. 1444 in Kopp, Nachrichten von der Verfassung der Gerichte u. s. w. Bd. I, St. 1, Beilagen S. 34. Statuten von Rügenwalde, von Alters her gehalten, 1609 aufgezeichnet, in Schott, Sammlung Th. 2, S. 75.

64) Z. B. Duderstädter Statuten gegen Ende des 14. Jahrh. bei Wolf, Geschichte der Stadt Duderstadt (Götting. 1803) Urkundenbuch S. 69. Bautzener Statuten v. 1548 in Schott, Samml. Th. 2, S. 46. Würtemberger Landesordnung (erneuert und gedruckt 1585) S. CCX.

65) Vgl. Regensburger Statuten v. 1320 bei v. Freyberg a. a. O. Bd. V, S. 16. Leges antiquissimae civit. Brunsv. V. §. 8—10. bei Leibnitz, Scriptor. rer. Brunsv. T. III. p. 445. Lüneburger Echtedingsartikel (gegen Ende des 15. Jahrh.) bei Puffendorf, Observ. T. II. Append. p. 190. Neueres

Borg, ohne Rücksicht auf die Größe der Summe und die Gattung des Spieles, für strafbar erklärt[66]), jedoch war dies nicht so allgemein der Fall wie bei den an sich schädlichen und gefährlichen Spielen. Die früher zur Ausbildung gekommene Ansicht, daß bei dem Spiele auf Borg die Schuld nicht klagbar war, erhielt sich aber und ist auch in die Reichsgesetzgebung übergegangen[67]). d) Eine nur ausnahmsweise weitergehende Beschränkung des Spieles ist das Verbot des Spielens um Geld überhaupt[68]). — Wo ein solches allgemeines Spielverbot nicht existirte, da war durch den Gang der teutschen Rechtsentwickelung ein Unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen begründet[69]), wobei nicht sowohl an die verschiedenen civilrechtlichen als vielmehr strafrechtlichen Wirkungen zu denken ist. Erlaubtes Spiel ist dasjenige, wobei weder die Spieler, noch die Beförderer des Spieles in Strafe verfielen, aber auch den Gewinn nicht einklagen, noch sich dessen Bezahlung auf andere Weise sichern konnten, was auf dem schon vor der Entstehung des Unterschiedes zwischen erlaubten und verbotenen Spielen zur Geltung gekommenen allgemeinen Grundsatze von der Nichtklagbarkeit der Spielschulden beruhte. Dieser Grundsatz ist durch das Hinzukommen der Spielverbote später nicht geändert worden; vielmehr findet sich neben den Strafbestimmungen in manchen Gesetzen die Nichklagbarkeit noch ausdrücklich ausgesprochen[70]). Das Spiel war mithin nach der allmäligen Gestaltung des teutschen Rechtes niemals klagbar, in gewissen Fällen strafbar. Die Nichtklagbarkeit des Spieles war aber ebenso wie die spätere Bestimmung von Strafen für gewisse Fälle, eigentlich eine polizeiliche Maßregel zur möglichsten Abwendung der durch übermäßiges Spielen der Sittlichkeit und dem Wohlstande drohenden Gefahr. Die teutsche Gesetzgebung hielt das Spielen ebensowenig für unzulässig, als sie sich gleichgiltig dagegen verhielt; sie bezweckte vielmehr, das Spiel in seinen natürlichen Schranken zu halten, was dann stattfand, wenn es zur Unterhaltung, nicht um des Gewinnstes willen betrieben wurde[71]). Um das Spiel in diesen natür-

Freiberger Stadtrecht Art. 86, 87 in Walch, Beiträgen Bd. III, S. 193. Edict des Kurfürsten Joachim II. von Brandenburg v. 1565 bei Scheplitz, Consuet. Brandenb. p. 348. Ein Sittenmandat der Stadt Basel, von Ochs Gesch. von Basel Bd. V, S. 188 in das Ende des 15. Jahrh. gesetzt, verbietet sowohl gewisse gefährliche Spiele, als das hohe Spielen. Die Stellen dieser Gesetze sind abgedruckt bei Wilda a. a. O. S. 160—162.

66) S. die bei Wilda a. a. O. S. 162 flg. angeführten Rechtsquellen.

67) Reuter- und Fußknechtsbestallung von 1570 §. 211, was die einzige reichsgesetzliche Bestimmung über das Spiel ist.

68) Ein solches soll 1479 in Ulm erlassen worden sein. S. Jäger, Ulm's Verfassung im Mittelalter (Stuttgardt 1831) S. 542. Lüneburger Stadtrecht v. 1679 Th. 8, Tit. 44.

69) Der Unterschied findet sich schon im Memminger Stadtrechte v. 1396 Art. XXXIV in v. Freyberg, Samml. Bd. V, S. 293.

70) S. die Nachweisungen bei Wilda a. a. O. S. 165, N. 1.

71) S. die von Wilda a. a. O. S. 165 angeführten Rechtsquellen.

lichen Schranken zu halten und den unglücklichen Spieler zu verhindern, in der Leidenschaft große Summen oder gar das ganze Vermögen auf die Karte oder den Fall der Würfel zu setzen, wurde der Grundsatz aufgestellt, daß man niemals mehr, als man bei sich führte, verspielen, und wenn es geschehen, die Forderung nicht rechtsbeständig sein sollte. Dies genügte aber nicht zur Verhinderung des dem Wohlstande und der Sittlichkeit gefährlichen Spieles, weil man zu dem Spiele große Summen bei sich tragen konnte. Deshalb erließ man Strafbestimmungen, theils gegen jedes hohe Spiel, theils besonders gegen gewisse gefährliche und schädliche Spiele, welche auf Reiz der Gewinnsucht berechnet waren, gerichtet. Bei Verboten der letzteren Art zwar der Hauptzweck Verhinderung des Spielens aus gewinnsüchtiger Absicht. Diese im 14. und 15. Jahrhunderte immer vollständiger entwickelten und zu weiterer Verbreitung gelangten teutschen Rechtsgrundsätze finden sich auch in der Gesetzgebung der einzelnen teutschen Länder häufig wieder, ohne daß eine Einwirkung der fremden recipirten Rechte dabei sich zeigt[72]). Aber auch da, wo in den Landesgesetzgebungen eine Be=

---

72) Der brandenburgischen Constitution von 1565 und einiger Statuten aus dem 16. Jahrhundert ist bereits vorher gedacht worden. Das baierische Landrecht von 1616 stellt den Grundsatz auf, daß nur das Spiel, welches „von keines besonderen Gewinns, allein um Kurzweil willen, ziemblichermaaßen“ nicht an heimlichen und ungewöhnlichen Orten, nicht zur Nachtzeit und während des Gottesdienstes, getrieben werde, „doch so, daß man um baar Geld, ohne alles Uebermaaß und nicht auf Borg spiele“ als erlaubt anzusehen sei. Die, welche unziemliche und unmäßige Spiele treiben oder in ihren Häusern dulden, sollen nach Größe und Gelegenheit ihres Verbrechens bestraft werden. Was aber unziemliche und unmäßige Spiele sind, dies zu bestimmen überläßt das Gesetz dem richterlichen Ermessen, nach Gestalt der Personen, ihres Reichthums und Standes und nach Beschaffenheit des Spieles. Spielt Jemand auf Borg mit Karten, Würfeln oder in anderer Weise, so soll er oder seine Erben das Erborgte zu zahlen nicht schuldig und die etwa geleistete Bürgschaft nichtig sein; Handwerker und Landleute sollen nur an Sonn= und Feiertagen nach dem Gottesdienste spielen oder kegeln und nicht mehr als 9 Kreuzer dabei verlieren dürfen. Die gemeinschaftliche Landesordnung für S. Weimar und S. Altenburg von 1589 Cap. 78 verbietet „alle Kirmesse, Kugelleich oder Plätz, darinnen man mit Zinnegefäß und aller andern Wahr, Wucher zu suchen pflegt, desgleichen andere Spiel, mit Würffeln und Karten umb Geldes und Genieß willen, in gemeine Schenk= oder andern Hausern, in den Stedten, Merkten, Flecken und Dörffern, zu Vermeidung des übrigen Verthuns und Verschwendens, auch anderen daraus wachsenden Unrichtigkeiten“ und bedroht die Spieler und den Wirth, der es verstattet, mit Geldstrafe. Doch sind die geselligen Kugelplätze, „so zur Kurzweil angefangen“ den Gemeinden auf den Dörfern nachgelassen; es soll aber keiner über 1 Groschen verspielen. Diese Vorschriften wiederholt die Goth. Landesordnung von 1653 P. II. Cap. 3, Tit. 14. Dasselbe Gesetz P. II. Cap. 4, Tit. 23 verbietet „alles Doppelspiel, da man mit Karten, Würffeln oder im Bretspiel auf unziemlichen Gewinst zu spielen pfleget“ und bedroht die Spieler mit Geld= oder Gefängnißstrafe, untersagt auch den Gerichten, auf die durch Spiel gewonnene oder zum Spiel geliehene Schuld zu verhelfen. Die Anhaltische Landesordnung von 1666 Tit. 34 verbietet „allerlei Spiel und Doppelei“ an welchem Orte es auch getrieben werde, bedroht sowohl die Spieler

rücksichtigung des römischen Rechtes hervortritt, bleiben sie doch im wesentlichen bei den teutschen Rechtsgrundsätzen stehen oder kehren auch wohl wieder zu denselben zurück, wie dies namentlich in der kursächsischen Gesetzgebung der Fall ist[73]).

3) Verhältniß der römischen Rechtsgrundsätze über das Spiel zum älteren und jetzt geltenden teutschen Rechte. a) Anwendbarkeit der römischen Rechtsgrundsätze überhaupt. Ueber die Anwendbarkeit der Grundsätze des römischen Rechtes über das Spiel giebt es unter den Juristen zwei

als den Wirth, der das Spiel duldet und der Obrigkeit nicht anzeigt, mit willkürlicher Strafe und besiehlt der Ritterschaft, in ihren Gerichten und Schenken nicht zu gestatten, daß um Zinnenwerk oder anders, wie es Namen habe, gespielt werde. Endlich wird „auf den Jahr- und anderen Märkten das öffentliche Spielen mit falschen Würfeln, Karten, Riemen und Bücherstechen, Dreheisen und anderen dergleichen betrüglichen Dingen“ gänzlich verboten.

73) Die kurs. Landesordnung v. 1555 (Cod. August. Bd. I, S. 58) erinnert nur daran, daß das Spielen und Doppeln, welches zu vielen Verbrechen führe und Manchen in das Verderben stürze, verboten sei, daher ein Jeder seine Hausleute davon abhalten, und die Wirthe, welche solches dulden, und die Gäste bestraft werden sollen. Die Polizeiordnung v. 23. April 1612 (Cod. August. Bd. I, S. 1473) enthält ein eigenthümliches Gemisch von teutschen und römischen Rechtsansichten. Sie verstattet „ludos honestos oder artis, welche virtutis vel ingenii excitandi causa in Rechten vergönnt, wenn nur dieselben nicht quaestus et lucri gratia instituirt oder sonsten kein Betrug darunter, wie dann auch honestas sponsiones, die extra causam ludi geschehen“. „Allein die anderen Spiele“, sagt das Gesetz, „so ludi fortunae, sowohl die, welche misti genannt werden, als da seynd Bretspiele, Karten und dergleichen, sollen keinem, der unter 18 Jahre alt ist, verstattet, denen andern aber soweit nachgelassen werden, wann dieselben ohne Versäumung der Nahrung und zu einer Recreation geschehen oder causa convivii um ein leidliches Geld zu einer Mahlzeit oder ehrlichen Zusammenkunft gespielet würden.“ Weiter wird bestimmt, wie viel Jeder nach Verhältniß seines Standes verspielen dürfe, daß es auch nicht mehr als einmal im Monat geschehe. Diese Vorschriften werden in der Polizeiordnung v. 1661 Tit. 8 (Cod. August. Bd. I, S. 1779) wiederholt. Das Mandat v. 20. December 1766 (Conf. Cod. August. Abth. I, S. 917) enthält folgende Hauptbestimmungen: 1) Alle Hazardspiele mit Karten, Würfeln oder wie sonst erfunden werden, und die Wetten darüber sind zu allen Zeiten und an jedem Orte verboten bei Strafe für die Spieler, Wirthe und Beförderer des Spieles. Als charakteristisches Merkmal der Hazardspiele, von denen Beispiele genannt werden, wird angegeben, daß „sie von Glück und Zufall hauptsächlich abhängen“. Der gemischten Spiele, deren die Polizeiordnung neben den Glücksspielen gedenkt, geschieht weiter keine Erwähnung; dagegen ist das Verbot der Glücksspiele hier ein unbedingtes. 2) Alle anderen Spiele sind, wenn sie mäßig gespielt werden, unverwehrt, das hohe Spielen ist aber nicht gestaltet und nach Beschaffenheit der Umstände mit Geld- oder Gefängnißstrafe bedroht, ohne daß näher bestimmt ist, was hohes Spiel sei. 3) Alles Spielen auf Credit oder Borg ist untersagt: es soll aber darunter nicht verstanden werden, „wenn Jemand bei unverbotenen Spielen eine geringe Summe schuldig bleibt und solche nachhero freiwillig bezahlt.“ Eine Strafe ist aber nicht angedroht, sondern nur die Ungiltigkeit jeder Spielschuld festgesetzt, so daß solche nicht nur nicht klagbar, sondern auch Zurückforderung des Gezahlten zulässig ist. Dieses neueste Gesetz hat die römische Färbung der Polizeiordnung fast ganz wieder aufgegeben und ist in seinem Hauptinhalte zum teutschen Rechte zurückgekehrt. Vgl. Wilda a. a. O. S. 167—170.

entgegengesetzte Ansichten. Nach der einen Ansicht[74]) ist das römische Recht ganz unanwendbar und der Spielvertrag gemeinrechtlich ein erlaubtes und vollkommen verbindliches Rechtsgeschäft. Die Begründung, zu deren Behuf man sich theils auf das Naturrecht, theils auf teutsche Sitte und Rechtsansicht, welche man aus der bekannten Aeußerung des Tacitus und mit einem Sprunge in die neueste Zeit aus stillschweigender Billigung der Regenten herleitete, berief, ist ganz ungenügend, umsomehr als aus Unkenntniß der teutschen Rechtsgeschichte eine von der römischen angeblich ganz abweichende teutsche Rechtsansicht aufgestellt wird. Die andere Ansicht behauptet die Anwendbarkeit des römischen Rechtes aus dem allgemeinen Grunde der Reception desselben im ganzen. Wenn man aber aus diesem Grunde die Anwenbarkeit behauptete, so mußte man consequenter Weise auch annehmen, daß, wie es das prätorische Edict vorschrieb, derjenige, welcher in seiner Wohnung Spiele geduldet hat, straflos gemißhandelt werden, wegen eines Diebstahles zur Zeit des Spieles nicht geklagt werden könne, und das Haus, worin vorzugsweise unerlaubte Spiele betrieben werden, confiscirt werden müsse. Gewöhnlich wird hinsichtlich der Unanwendbarkeit dieser Vorschriften, die allerdings mit unseren Sitten schwer zu vereinigen sind, sich auf eine entgegenstehende Praxis berufen. Die Behauptung von der Anwendbarkeit des römischen Rechtes ist zu beschränken a) auf dessen Unterscheidung zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen, b) auf die Nichtklagbarkeit einer aus unerlaubten Spielen herrührenden Schuld, c) auf das Recht zur Zurückforderung des gezahlten Gewinnstes; endlich ist die Versagung des Rechtes zur Zurückforderung eines zum Spiele gemachten Darlehens zu beleuchten. Das Folgende enthält eine nähere Betrachtung dieser Sätze in ihrem Verhältnisse zu den in Teutschland schon vor der Einführung des römischen Rechtes entstandenen Rechtsgrundsätzen, und der Art und Weise, wie die Juristen in dem Willen und in der Meinung, rein römisches Recht anzuwenden, sie aufgefaßt haben.

b) Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen, nach römischer und heutiger Rechtsansicht. Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen war das Princip, welches sich in Teutschland ausgebildet hatte, folgendes: erlaubt sind die Spiele, welche zur ehrlichen Ergötzlichkeit und zur Kurzweil, verboten die, welche in gewinnsüchtiger Absicht betrieben werden, daher der Regel nach gewisse Spiele, deren ganze Einrichtung auf den letzteren Zweck berechnet ist und welche auch gewöhnlich dazu gebraucht werden, und alle hohen Spiele. Im römischen Rechte hingegen sind alle Spiele um Geld unerlaubt, wovon nur die Spiele ausgenommen werden, welche zur Uebung kriegerischer Tugenden dienten (qui virtutis causa fiunt). Die Juristen, deren germanische Rechtsanschauung

74) Vertheidiger derselben führt an Wilda a. a. O. S. 172, N. 1.

mit zu dem römischen Rechte hinzutrat, deuten dasselbe so, daß es alle Spiele erlaube, welche zur Uebung der Leibes- und Geisteskräfte dienten[75]); sie nehmen an, daß dieses bei allen Spielen der Fall sei, deren Ausübung einen Kraftaufwand und Fertigkeit, ein Erlernthaben der Sache und eine Anwendung dieser Kunst verlange; diesen Spielen ständen dann diejenigen gegenüber, bei welchen dies nicht der Fall sei, sondern lediglich Glück oder Zufall entscheide; es seien daher die Kunstspiele erlaubt, die Glücksspiele dagegen verboten. Auf diese Weise schob man dem römischen Rechte eine demselben eigentlich fremde Ansicht unter, indem das römische Recht die sog. Kunstspiele, wenn sie nicht virtutis causa betrieben werden, vor den Glücksspielen nicht begünstigt[76]). Damit brachte man das römische Recht dem, was im germanischen Europa bisher üblich war, näher, indem die gefährlichen schädlichen Spiele, auf welche sich die teutschen Spielverbote vorzüglich bezogen, meistens Glücksspiele in diesem Sinne waren. Weil sich aber jene Eintheilung nicht streng durchführen ließ, indem auch bei Spielen, welche eine gewisse Fertigkeit voraussetzen, der Zufall mitwirkt, die Lenkung nur mehr oder weniger vom Spieler abhängt, so schoben schon die italienischen Rechtsschulen als eine Mittelklasse die gemischten Spiele ein. Diese drei Klassen, Kunstspiele, Glücksspiele und gemischte Spiele, finden sich bei den älteren Schriftstellern über das Spiel[77]) und bei mehreren italienischen Criminalisten[78]), in Teutschland namentlich bei den sächsischen Juristen[79]). Sie ging auch in die teutschen Gesetze über. Durch das Einschieben der gemischten Spiele wollte man einer ungenügenden Eintheilung in Glücks- und Kunstspiele nachhelfen, kam aber insofern in Verlegenheit, welche der üblichen Spiele dahin gerechnet werden sollten, da die erforderliche Geschicklichkeit oft eine sehr geringe ist. Nicht das Glück allein, nicht die Geschicklichkeit allein bestimmt bei einem Spiele den Ausgang; selbst bei den entschiedensogenannten Glücksspielen ist, abgesehen von der Wahrscheinlichkeitsberechnung, die Ruhe des Spielers nicht ohne Einfluß. Wollte man jene dreifache Eintheilung auch gelten lassen, so ist doch zweifelhaft, ob die gemischten Spiele zu den verbotenen oder erlaubten zu rechnen seien. Die älteren Juristen zählen sie meistens zu den verbotenen, obwohl es

75) S. die Nachweisungen bei Wilda a. a. O. S. 174, N. 1.

76) Im römischen Rechte und namentlich im Justinianeischen Codex findet sich nichts, was auf Uebung der Geisteskräfte sich deuten ließe. Manche Civilisten (Glück, Erl. der Pand. Bd. 11, S. 327. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 426) haben daher sich auf Senec. epist. 106. 117. berufen, wo von latrunculis ludere, was unser Schachspiel sein soll, als einer erlaubten Handlung gesprochen wird. Wilda a. a. O. S. 174, N. 2 bemerkt dagegen mit Recht, daß bei Seneca gar nicht davon die Rede ist, daß um Geld gespielt worden sei, was allein das Entscheidende ist, da nur das Spielen um Geld verboten war.

77) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 175, N. 1.

78) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 175, N. 2, 3.

79) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 175, N. 4.

nicht an einer entgegengesetzten Ansicht fehlt. Diese Unsicherheit findet sich auch in den teutschen Gesetzen, namentlich in den kursächsischen. Auch in der Anwendung hat sich das Mißliche jener Eintheilung fühlbar gemacht. Die Gesetzgebung fast aller teutschen Staaten verbietet Hazardspiele und erklärt dieselben oft dahin, daß es Spiele seien, bei welchen Glück oder Zufall allein oder hauptsächlich entscheide; wo dies nicht geschehen, glaubte man beides für gleichbedeutend halten zu müssen. Welche Spiele zu den Hazardspielen zu rechnen seien, darüber war man zweifelhaft, und selbst da, wo die Gesetzgebung Hazardspiele für Glücksspiele erklärt hat, legte man darauf kein Gewicht, sondern glaubte „einen anderen Begriff des Hazardspieles aus der Natur der Sache, den im Gesetze gegebenen Beispielen und dem klar vorliegenden Zwecke der Gesetzgeber ableiten zu müssen" [80]). Der Begriff, den neuere Juristen davon aufstellen [81]), enthält eine Rückkehr zu demjenigen, was schon ältere Gesetze und Statuten enthalten, daß besonders die gefährlichen, wachsenden Spiele, ohne daß es darauf ankommt, ob der Ausgang lediglich durch das Glück bestimmt wird oder zugleich eine gewisse Geschicklichkeit mit dazu beiträgt, einer Beschränkung durch die Gesetzgebung unterliegen müssen. Auch hat man nicht verkannt, daß nicht blos die eigentliche Beschaffenheit und Einrichtung des Spieles dasselbe zu einem gefährlichen macht, sondern auch die Art und Weise seiner Betreibung. Daher haben die Juristen auch da, wo das hohe Spielen nicht verboten oder den Hazardspielen völlig gleichgestellt ist, als selbstverständlich angenommen, daß Spiele überhaupt nur unter der Voraussetzung, „daß sie nicht durch unverhältnißmäßig auf das Spiel gesetzte Summen zu Hazardspielen werden", als erlaubt betrachtet werden könnten [82]). Dies kommt darauf hinaus, daß die gewinnsüchtige Absicht eigentlich das Entscheidende ist, nicht blos insofern als ihr Vorhandensein ein an sich nicht gefährliches und sonst erlaubtes Spiel zu einem verbotenen macht, sondern auch als bei dem Mangel dieser Absicht ein sonst unerlaubtes Spiel diese Eigenschaft verliert. Dies ist die Ansicht schon älterer sächsischer Juristen [83]), denen sich neuere anschließen [84]),

---

80) So Klien über die Spielverbote in Sachsen in Zachariä, Annalen der Gesetzgebung im Kurfürstenthum Sachsen Bd. II, S. 159 flg.

81) Klien a. a. O. hält Hazardspiele für diejenigen Spiele, bei welchen irgend eine Bestimmung in der Höhe des auf das Spiel gesetzten Satzes nicht stattfindet, sondern dieser willkürlich bald größer, bald geringer ist. v. Hersmensdorff, über Spielverbote bei den Teutschen und über den Begriff vom Hazardspiele in Klein, Annalen der Gesetzgebung in den preuß. Staaten Bd. 26, S. 233 flg. erklärt das Hazardspiel so: es sei gleichbedeutend mit gefährlichem Wagespiel, und zwar ein solches, bei welchem sich Gewinn und Verlust binnen einer bestimmten Zeit auch nicht mit Wahrscheinlichkeit berechnen läßt, weil entweder der Einsatz oder das Verstärken und Verdoppeln desselben bis in das Unendliche der Willkür des Spielers lediglich überlassen ist.

82) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 178, N. 3.

83) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 179, N. 1.

84) Tittmann, Hdbch. der Strafrechtswissenschaft Bd. II, S. 605.

sowie der Verfasser des preußischen Landrechtes[85]). Mithin sind die Juristen immer wieder, ohne sich dessen klar bewußt zu sein, zu dem teutschen Unterscheidungsmerkmale zwischen verbotenen und erlaubten Spielen zurückgeführt worden, nämlich dazu, ob gewinnsüchtige Absicht bei dem Spiele vorhanden sei oder nicht.

c) Wirkung des Unterschiedes zwischen verbotenen und erlaubten Spielen; Nichtklagbarkeit der Spielschuld und Strafbarkeit des verbotenen Spieles. Nach römischem Rechte ist nur die Forderung aus einem erlaubten Spiele klagbar; nach der Aufhebung der auf Betreibung unerlaubter Spiele gesetzten Strafe durch Justinian ist die Nichtklagbarkeit und das Rückforderungsrecht die mit dieser Unterscheidung verknüpfte Hauptwirkung. Der in Teutschland vor und nach Einführung des römischen Rechtes in Statuten und Landesgesetzen ausgesprochene Grundsatz, daß niemals auf Borg gespielt werden solle, ist als gemeinrechtlich noch jetzt zu betrachten, weil die unveränderte Fortdauer dieses älteren teutschen Rechtssatzes durch dessen Uebergang in zahlreiche erst nach der Reception des römischen Rechtes entstandene partikuläre Rechtsquellen bewiesen wird. Auch die Reichsgesetzgebung bestätigt die Gemeingiltigkeit der Nichtklagbarkeit jeder Spielschuld; denn die Bestimmung der Reiterbestallung v. 1570 § 211 ist nach dem oben entwickelten geschichtlichen Zusammenhange keine besondere, nur für das Reichsheer geltende Verordnung, wofür sie gewöhnlich angesehen wird, sondern sie ist die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen besonderen Fall, erkennt also diesen Grundsatz an und bestätigt ihn. Aber auch die richtige Auffassung des römischen Rechtes ergiebt die Nichtklagbarkeit fast aller bei uns üblichen Spiele, da im römischen Rechte nur die aus Kampfspielen und nach Justinian's Verordnung nur aus fünf genannten Spielen dieser Art entstehenden Forderungen als rechtsbeständig anerkannt werden. Manche Juristen haben dieses anerkannt[86]); andere dagegen legen unter Nichtbeachtung dieser speciellen Bestimmungen des römischen Rechtes demselben die Ansicht unter, daß es Glücksspiele verbiete, Kunstspiele zulasse, und daß die Aufzählung gewisser erlaubter Spiele in den Digesten als Aufführung von Beispielen anzusehen sei, es daher noch andere Spiele, welche eine klagbare Forderung begründeten, gegeben habe, was analog auf die bei uns üblichen Spiele anzuwenden sei[87]); eine Ansicht, welche selbst in einzelne Landesgesetzgebungen übergegangen ist[88]), in deren Bestimmungen man aber nur Abweichungen vom gemeinen Rechte erblicken kann. Die von manchen Juristen schon nach römischem Rechte behauptete Unzulässigkeit eines Vergleiches über

85) Preuß. Landrecht Th. 2, Tit. 20, §. 1298.
86) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 181, N. 3.
87) So v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. II, S. 251.
88) Vgl. Wilda a. a. O. S. 181 u. N. 5.

eine Schuld aus verbotenem Spiele[89]) muß vom Standpunkte des teutschen Rechtes auf alle Spielschulden bezogen werden; ebenso muß hiernach jedes Rechtsgeschäft für ungiltig geachtet werden, wodurch der ein Prohibitivgesetz enthaltende Grundsatz, daß nicht auf Borg gespielt werden soll, umgangen wird. Schon in älteren Statuten wird mehrfach der Ungiltigkeit einer für eine Spielschuld geleisteten Bürgschaft gedacht, und Partikulargesetze erklären Schuldverschreibungen und Wechsel, welchen eine Spielschuld zum Grunde liegt, zu deren Verdeckung sie dienen sollen, für ungiltig[90]). Eine Folge der Nichtigkeit, nicht blos Nichtklagbarkeit der Spielschuld ist deren Untauglichkeit zur Compensation, Novation, zur Eingehung eines Constitutum. — Der Unterschied des verbotenen Spieles von dem erlaubten zeigt sich nach teutschen Rechtsgrundsätzen darin, daß das erlaubte nur nicht klagbar, das verbotene zugleich strafbar ist. Daher ist von den älteren Criminalisten das Spiel als Gegenstand des Criminalrechtes behandelt worden, ohne daß dazu im römischen Rechte Veranlassung vorlag, welches vielmehr die Strafbarkeit fast durchgehends aufgehoben hat. Uebereinstimmend lehren sie, daß eine außerordentliche Strafe eintreten müsse, Geld- oder Gefängnißstrafe, welche der Richter nach Beschaffenheit der Umstände und der Person zu bestimmen habe[91]). Fast ebenso übereinstimmend scheiden die neueren Juristen das Spiel aus dem gemeinen teutschen Strafrechte aus, weil es an einem Strafgesetze fehlt[92]). Allein da die Unterscheidung zwischen erlaubten und verbotenen Spielen in Teutschland nicht erst durch das römische Recht eingeführt ist und die Strafbarkeit der letzteren sich nicht erst auf neuere erst nach Einführung des römischen Rechtes entstandene partikularrechtliche Normen gründet, so muß man die Ansicht der älteren Criminalisten für die richtigere halten. Der Mangel einer Strafsatzung in der Carolina oder in einem anderen Reichsgesetze ist unerheblich, weil nicht behauptet werden kann, daß alles gemeine teutsche Recht auf die Reichsgesetze sich zurückführen lassen müsse. Ebensowenig läßt sich eine Derogation durch das römische Recht, so daß dessen Begriff von erlaubten und verbotenen Spielen den früheren verdrängt hätte, mit Grund behaupten. Die Partikulargesetzgebung bei aller ihrer Verschiedenheit im einzelnen bestätigt die Fortdauer der teutschen Unterscheidung der erlaubten und verbotenen Spiele. Die Existenz von Strafgesetzen gegen verbotene Spiele in fast allen teutschen Staaten hat zur Ausschließung des Spieles aus dem Gebiete des gemeinen teutschen Strafrechtes insofern mitgewirkt, als doch dadurch eine eigentliche Lücke für die Rechtsanwendung nicht entstanden ist. Wo dergleichen partikuläre Straf-

89) S. die von Wilda a. a. O. S. 182, N. 1 angeführten Schriftsteller.

90) So das kursächs. Mandat v. 20. Decbr. 1766 §. 4—10. Kursächs. erl. Proceßordnung, Anhang §. 15.

91) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 183, N. 2.

92) Vgl. die von Wilda a. a. O. S. 183, N. 3 angeführten Criminalisten.

normen fehlen oder die vorhandenen nicht hinreichen, bieten die älteren Statuten und Gesetze gewisse Regeln dar, welche den Richter bei seinem Ermessen leiten können[93]).

d) Recht zur Zurückforderung des bezahlten Spielverlustes. Bei den nach teutschrechtlichen Grundsätzen erlaubten Spielen kann von dem Rechte zur Zurückforderung des verspielten Geldes nicht die Rede sein. Das Spielen auf Borg ist zwar bei einem solchen nicht gefährlichen und nicht unmäßigen und daher auch nicht strafbaren Spiele unzulässig; allein es kommt hier der Grundsatz zur Anwendung, daß was einer dem Anderen freiwillig giebt, Letzterer ohne Gefährde nehmen kann, ein Grundsatz, der sich schon im alten Memminger Stadtrechte findet und auch in neueren Landesgesetzen anerkannt ist[94]). Schwieriger ist die Sache bei den verbotenen Spielen[95]). Wir glauben nun zwar, daß, wo Partikulargesetze die Confiscation des verspielten Geldes anordnen, ein Rückforderungsrecht von Seiten des Verlierenden dadurch ausgeschlossen ist; wo aber nicht Confiscation, sondern andere Strafen angedroht sind, halten wir das Rückforderungsrecht deshalb für statthaft und in der Absicht des Gesetzgebers liegend, weil es dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, daß der Spieler aus seiner unerlaubten Handlung einen Gewinn habe und dieser Gewinn ihm in Ermangelung der Confiscation nur durch die Rückforderung von Seiten des Verlierenden wieder entzogen werden kann. Geht doch ja selbst das römische Recht, indem es dem Verlierenden das Rückforderungsrecht gestattet, von dem sonst geltenden Grundsatze: in pari causa melior est conditio possidentis, ab.

e) Rückforderung eines zum Spiele gemachten Darlehens. Bereits oben ist erwähnt worden, daß das römische Recht über die Frage, ob ein zum Spiele gemachtes Darlehen zurückgefordert werden könne, keine Bestimmung enthält, und daß man aus verschiedenen Aeußerungen desselben die Unstatthaftigkeit einer solchen Klage ableite. Wir haben uns bereits früher dafür ausgesprochen, daß nach römischem Rechte eine solche Klage allerdings durch die Exception, das Darlehen sei wissentlich zum Spiele gegeben worden, zerstört werden könne. Unseres Erachtens ist aber das teutsche Recht hier allein entscheidend, wie Wilda ausgeführt hat[96]). Aus dem bestimmten gemeinrechtlich anerkannten Gebote, daß nicht auf Borg gespielt werden soll, folgt, daß selbst bei nicht strafbaren Spielen das Darleihen von Geld, geschehe es von einem Mitspieler oder von einem Dritten, unzulässig sei. Daher findet sich auch in älteren und neueren Statuten und Gesetzen die Bestimmung, daß Niemand Geld zum Spiele darleihen,

---

93) Solche Regeln stellt auf Wilda a. a. O. S. 184, 185.
94) Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 577, 578.
95) Die Frage erörtert ausführlich Wilda a. a. O. S. 186.
96) Wilda a. a. O. S. 191.

das dazu vorgestreckte Darlehen nicht solle zurückgefordert werden können, daß der Richter darüber nicht solle erkennen können [97]).

III. Resultat [98]). Das Gesammtergebniß bildet folgende Hauptgrundsätze des heutigen teutschen, wo nicht unvereinbare Verordnungen bestehen, anwendbaren Rechtes: 1) Unerlaubt und strafbar ist alles Spielen in gewinnsüchtiger Absicht, welche bei dem unmäßigen oder hohen Spiele immer anzunehmen ist, bei den sog. Hazardspielen aber, wenn nicht der niedrige Satz und die übrigen Umstände ergeben, daß das Spiel als ein ungefährliches, nur zur Unterhaltung geübt worden ist; Rückforderung des verspielten Geldes ist zulässig, wo nicht dessen Confiscation angedroht ist; die Strafe hängt vom richterlichen Ermessen ab. 2) Erlaubt ist jedes Spiel, welches in anständiger Weise zur Unterhaltung und Erholung betrieben wird. Ein solches Spiel darf aber auch nicht auf Borg gespielt werden; das dem Gewinner sogleich Bezahlte kann zwar daher nicht zurückgefordert, aber auch die unbezahlt gebliebene Spielschuld von ihm in keiner Weise weiter rechtlich geltend gemacht werden. 3) Wer wissentlich Geld zum Spiele dargeliehen hat, kann, wenn das Spiel ein verbotenes war, als Beförderer desselben bestraft werden, das Darlehen selbst aber niemals zurückfordern.

B. Wette [98a]). I. Römisches Recht. Man hat in neuerer Zeit bezweifelt, daß im Justinianeischen Rechte von der Wette jemals die Rede sei [99]) und gefragt, ob das Wetten in unserem Sinne bei den Römern gewöhnlich gewesen sei. Es kann aber daran nicht gezweifelt werden. Gewöhnlich und zum Theil sogar nothwendig waren bei den Römern die Proceßwetten. Die sacramenti actio, die allgemeinste Form des gerichtlichen Verfahrens zur Zeit der legis actiones, hatte die Gestalt einer Wette, indem beide Theile eine gleich große Summe niederlegten oder nachmals durch Bürgen versichern ließen, so daß der im Processe unterliegende Theil die von ihm gesetzte Summe, aber nicht zum Vortheile des Siegers, sondern des Aerariums einbüßte [100]). Auch zur Zeit des Formularprocesses kamen dergleichen Proceßwetten vor [101]). Im außergerichtlichen Verkehr waren Wetten nicht ungewöhnlich [102]). Plinius der Aeltere erzählt [103]) von einer zwischen Cleopatra, welche behauptete, daß sie ein Mahl für 100,000 Sesterzen anrichten könne,

---

97) Vgl. die bei Wilda a. a. O. S. 191, N. 2 angeführten Rechtsquellen und preuß. Landr. Th. 1, Tit. 2, §. 581. S. auch Goth. Landesordn. P. II. Cap. 4, Tit. 23. Altenb. Landesordn. v. 1742 P. II. Cap. 4, Tit. 23.

98) Wilda a. a. O. S. 192 flg., von welchem wir jedoch in einiger Beziehung abweichen.

98a) Wilda, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. VIII, S. 200 flg., dem wir hauptsächlich gefolgt sind.

99) Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 260.

100) Gai. Inst. Comm. IV. §. 13.

101) Gai. Inst. Comm. IV. §. 91. 93—95. 141. 165—168. 171.

102) Stellen dafür siehe bei Turnebus, Advers. VIII. 4. XVIII. 30.

103) Plinius, Hist. natur. IX. 57.

und Antonius, welcher dieses bestritt, deshalb eingegangenen Wette, zu welcher Plancus zum Richter (iudex sponsionis) ernannt worden sei, und welche Wette Cleopatra dadurch gewonnen habe, daß sie eine von ihren beiden kostbaren Perlen im Weine auflöste. Auch andere Schriftsteller, namentlich Plautus, gedenken der Wetten oder deuten doch darauf hin. Der Unterschied der außergerichtlichen Wetten von den Proceßwetten scheint darin bestanden zu haben, daß die Wettsumme, weil ein Vertrag zum Besten eines Dritten unzulässig war, dem Gewinnenden zufiel, und daß Gleichheit dieser Summe auf beiden Seiten nicht verlangt wurde[104]). Zur gewöhnlichen Form der außergerichtlichen Wetten scheint nach dem Vorbilde der Proceßwetten gehört zu haben: 1) die Ernennung eines Wettrichters (iudex sponsionis), welcher dem Einen oder Anderen den Sieg und damit die Wettsumme zusprach[105]); 2) die Niederlegung der Wettsumme, wie es scheint, bei dem Wettrichter[106]). Daher die Ausdrücke: in pignus vocare soviel als sponsione provocare, wetten, zur Wette auffordern; cum aliquo pignus contrahere, pignus dare s. ponere soviel wie sponsionem facere cum aliquo, eine Wette eingehen; pignore s. sponsione certare, contrahere, contendere[107]). Auch das teutsche Wette bezeichnet ursprünglich jedes Pfand, insbesondre das durch Pfand bestärkte Versprechen, jedes Versprechen überhaupt und endlich den eigentlichen Wettvertrag[108]). Das bisher Bemerkte dient zur besseren Erläuterung einer bekannten Digestenstelle[109]), wo gegen denjenigen, welcher sponsionis causa Ringe empfangen hat, diese aber dem Sieger nicht ausantwortet, die actio praescriptis verbis gegeben wird, und bei einer inhonesta causa sponsionis nur die Zurückforderung des gegebenen Ringes für zulässig erklärt wird. Der Erklärung von Thöl, welcher die Stelle nur von einem bedingten Versprechen, einer sponsio im weiteren Sinne, bei welcher der eine der Spondenten und Empfänger des Ringes auch als Geber eines solchen gedacht worden sei, versteht, steht schon das victori entgegen, und daß der Jurist an eine eigentliche Wette gedacht habe, kann nach dem vorher von den Wetten bei den Römern Bemerkten nicht zweifelhaft sein. Darüber könnte gezweifelt werden, ob die Ringe, deren die Stelle gedenkt, nur als ein Zeichen des geschlossenen Wettvertrages, als eine Arrha, zu welcher die Siegelringe öfters gegeben wurden, zu denken seien, oder als Wettpreis. Für das letztere entscheidet, daß, wenn die Wette giltig ist, dem Sieger das Recht zugesprochen wird, beide Ringe vom Depositar zu fordern;

---

104) Plaut. Epidicus V. 2. 35.

105) Vgl. Plin. l. c. und Plaut. Casina Prol. v. 71. sq. Mostellaria III. 1. 20. sq.

106) Virgil. Eclog. III. 29. Ovid. de arte amandi I. 168. Plaut. Persa II. 2. 4.

107) Rost. commentat. Plautinae (Lips. 1836.) p. 78.

108) S. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 217, N. 38.

109) L. 17. §. 5. D. 19. 5.

war sie ungiltig, jedem der Contrahenten nur das Recht zustehen soll, seinen Ring zurückzufordern. Augenscheinlich geht aber aus dieser Stelle hervor, daß die Wetten im allgemeinen vollgiltige Verträge waren und nur die Wetten, welche ihrem Inhalte nach unsittlich waren, als nichtig betrachtet wurden. Unsittlich ist der Inhalt einer Wette nicht schon durch die Beziehung auf eine Unsittlichkeit, sondern wenn die Wette selbst zu unmoralischen Handlungen Veranlassung giebt, was ja nach einem allgemeinen im römischen Rechte vorhandenen Grundsatze durch kein Rechtsgeschäft geschehen darf. Nach einer anderen Digestenstelle haben einzelne Volksschlüsse (lex Titia, Publicia, Cornelia) Wetten über Kampfspiele für zulässig und also klagbar erklärt, und nach einer Bemerkung des Juristen Marcian sind Wetten über andere Spiele nicht erlaubt[110]). Der Grund, aus welchem der Senatsschluß gegen das Spielen um Geld eine Ausnahme zu Gunsten der Spiele, welche zur Uebung kriegerischer Fertigkeiten dienten, machte, hat auch das Gesetz veranlaßt, welches Wetten über Kunstspiele zuläßt. Die Volksschlüsse aber, welche letztere gestatten, sind ohne Zweifel älter als jener Senatsschluß und es ist möglich, daß letzterer durch jene Volksschlüsse veranlaßt worden ist, wenn es gleich nach den betreffenden Digestenstellen scheint, als wäre der Senatsschluß früher erlassen worden. Bemerkenswerth ist dabei, daß, während Wetten überhaupt nicht unzulässig waren, doch Wetten über Spiele, auch ohne besondere dagegen erlassene Gesetze, für unerlaubt gehalten werden, wie dies jene Bemerkung des Marcian bestätigt. Der Grund davon liegt wohl weniger in der Unsittlichkeit des Spieles um Geld, als vielmehr darin, daß nach der Ansicht der römischen Juristen die Wette über ein Glücksspiel selbst in ein solches überging, und daher eine solche Wette, wie jedes andere Geschäft, welches die Natur eines Glücksspieles annahm, gleich dem Glücksspiele selbst nicht klagbar war. Die Nichtklagbarkeit eines solchen Geschäftes, welches die Natur eines Glücksspieles annimmt, ist nur in Einer Digestenstelle ausgesprochen[111]); die entscheidenden Worte: si modo in aleae speciem non cadat lauten so in der Florentiner Digestenhandschrift; andere Handschriften und Ausgaben haben zwar die Lesart: in aliam speciem[112]); für die Richtigkeit der Florentinischen Lesart entscheidet aber die Auctorität des unter Justinian lebenden Juristen Dorotheus[113]).

110) L. 2. §. 2. D. 11. 5. von Paulus. L. 3. D. eod. von Marcian. Wenn Manche, wie Thöl a. a. O. S. 264, letztere Stellen nicht von Wetten, sondern von der Stipulation der Spielsumme verstehen, ist so von Wilda a. a. O. S. 219, N. 43 mit Recht bemerkt worden, daß eine Forderung aus einem nicht verbotenen Spiele, wie jede andere zulässige Forderung, auch stipulirt werden konnte und es dazu keines besonderen Gesetzes bedurft habe.

111) L. 5. D. 22. 2.

112) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 161 flg.

113) Der von Cuiacius, Obs. lib. IX. cap. 28. aus den älteren Scholien der Basiliken herausgegebene index der L. 5. D. 22. 2. von Dorotheus ent-

II. Teutsches Recht[114]). In der großen Mehrzahl der älteren teutschen Rechtsquellen werden die Wetten mit Stillschweigen übergangen. Erst aus dem 14. und 15. Jahrhunderte finden sich hierauf bezügliche Satzungen, also aus einer Zeit, wo die Nichtklagbarkeit der Spielschulden fast allgemein anerkannt war und man bereits gewisse Spiele, hohes Spiel überhaupt, oder Spielen auf Borg immer mehr als strafbar zu betrachten anfing. Aus denselben Gründen, welche diese besondere Gesetzgebung über das Spiel veranlaßt hatten, wendete man auch den Wetten besondere Beachtung zu. Das Regensburger Stadtrecht von 1320 verbietet um Spielgeld, Kugelgeld, Wetten und Ueberwetten zu richten[115]). Der Sinn des Ausdruckes „Ueberwetten" ist hier zweifelhaft. Er kann übermäßige, dem hohen Spiele gleichstehende Wetten bedeuten. Das gedachte Stadtrecht unterschied nämlich mäßige Spiele und hohe Spiele, d. h. solche, bei welchen im Laufe eines Tages oder einer Nacht mehr als ein Pfund verloren wurde; hohe Spiele waren nicht nur nicht klagbar, sondern auch insofern verboten und strafbar, als jeder Spieler den über ein Pfund sich belaufenden Betrag des Gewinnes oder Verlustes der Stadt als Brüche zahlen mußte[116]). Das alte Culmische Recht Art. 79[117]) erklärt Wetten um Wettlauf mit Pferden oder desgleichen für ein Spiel von Muthwillen, worüber der Richter nicht richten, auch die Schöffen kein Urtheil finden sollen[118]). Dieselbe Rechtsquelle Art. 78 erklärt das Doppelspiel, worunter daselbst zunächst das Würfelspiel verstanden wird, für ein Spiel von Muthwillen[119]). Nach dieser Rechtsquelle stehen demnach die Wetten dem Würfelspiele gleich. Das alte Braunschweiger Stadtrecht verordnet in einer nicht dessen erster Aufzeichnung angehörigen Stelle[120]), daß jeder Bürger oder Schutzgenosse, welcher eines Tages über fünf Schillinge verdoppelt oder verwettet, dem Rathe fünf Pfund Brüche zahlen und im Falle des Unvermögens ein halbes Jahr aus der Stadt verwiesen werden soll. In diesen verschiedenen Verordnungen sind Wette und Spiel einander gleichgestellt und gleichmäßig beschränkt[121]). Wahrscheinlich hat man dabei aber nur solche Wetten im Auge gehabt, welche um des Gewinnes willen betrieben wurden und daher den Gewinn=

---

hält: μὴ μέντοι ἐπὶ κόττῳ. Vgl. Note 3 und Basil. ed. Heimb. T. V. p. 117. not. 7.

114) Wilda a. a. O. S. 220 flg., dem wir gefolgt sind.

115) v. Freyberg, Samml. hist. Schriften Bd. V, S. 39.

116) Vgl. die bei Wilda, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. II, S. 160 abgedruckte Stelle der Regensburger Statuten.

117) Das alte Culmische Recht, herausgegeben von Lemann (Berlin 1838) S. 78.

118) Die Stelle ist abgedruckt bei Wilda a. a. O. Bd. VIII, S. 221.

119) S. die Stelle bei Wilda a. a. O. Bd. II, S. 149.

120) S. Wilda a. a. O. Bd. II, S. 148, 160, 161.

121) Nur der sog. zweite Coder des Lübischen Stadtrechtes Art. 214 enthält eine auf Wetten bezügliche Bestimmung (s. die Stelle bei Wilda a. a. O.

oder Glücksspielen gleichzuachten sind [122]). Die nach der Zeit, wo die Herrschaft des römischen Rechtes in Teutschland schon mehr befestigt war, entstandenen teutschen Rechtsaufzeichnungen unterscheiden sich von den älteren gesetzlichen Bestimmungen über die Wetten dadurch, daß in ihnen die Klagbarkeit der Wetten überhaupt entschieden hervorgehoben wird. Dies geschieht namentlich in dem von Ulrich Zasius verfaßten Freiburger Stadtrechte von 1520, wo bestimmt wird: Wir haben auch gesetzt — welche miteinander bedächtlich wetten, dieselbe Wettung soll irn Bestand haben und mag der Ueberwinder sein Recht suchen und erlangen; es wäre dann die Sach des Wettens unerlich, schandbar oder lesterlich [123]). Diese Bestimmung ist dann in das Würtembergische Landrecht von 1567 [124]) und dann in dessen noch geltende Bearbeitung von 1610 übergegangen [125]), jedoch mit dem Zusatze, daß, wenn die Bezahlung der Wette dem verlierenden Theile zu hoch, nachtheilig oder beschwerlich wäre, solches zur Erkenntniß des Richters stehen solle. Diese Bestimmungen finden sich ausführlicher in der Frankfurter Reformation wiederholt [126]).

III. Jetzt geltende Grundsätze. Die Grundsätze, welche in diesen Statuten ausgesprochen sind, sind noch jetzt in der Theorie und Praxis als die herrschenden in den Ländern des gemeinen Rechtes anerkannt, wenngleich nicht deshalb, weil man den darin enthaltenen teutschen Rechtsanschauungen folgen zu müssen glaubte, sondern weil man, mit wenigen Ausnahmen, die Wette nach römischem Rechte als einen giltigen Vertrag ansah. Die Wette ist hiernach ein erlaubter und vollständig wirksamer Vertrag, so daß die das Spiel betreffenden Gebote oder Verbote darauf nicht anwendbar sind [127]). Der Unterschied zwischen Spiel und Wette, deren verschiedene Beurtheilung doch durch

Bd. VIII, S. 222), welche sich von den vorher angeführten darin unterscheidet, daß sie die Klagbarkeit der Wette, und zwar auch einer hohen, 60 Schillinge übersteigenden voraussetzt, ebenso wie sich im Lübischen Rechte und in den älteren Hamburgischen Rechten keine Beschränkungen und Verbote des Spieles finden und nur das Eigene eintrat, daß der Richter von der eingeklagten Spielsumme ein Dritttheil erhielt (vgl. die Nachweisungen bei Wilda a. a. O. Bd. II, S. 148, 157), was nach dem angezogenen Artikel auch bei Wetten galt.

122) In der Nürnberger Reformation v. 1479, T. VI. Art. 19 heißen solche Wetten Afterwetten im Gegensatze des Ritterspieles durch Schießen oder Wettlauf, und sind verboten, während letztere Spiele erlaubt sind, infolge des Einflusses des römischen Rechtes, welches Spiele und Wetten virtutis causa erlaubte. S. die Stelle bei Wilda a. a. O. Bd. VIII, S. 223.

123) S. die Stelle bei Wilda a. a. O. S. 221. Die Quelle dieser Stelle ist ohne Zweifel L. 17. §. 5. D. 19. 5.

124) Reyscher, Samml. würtemb. Gesetze Bd. IV, S. 311.

125) Reyscher a. a. O. Bd. V, S. 218.

126) Th. 2, Tit. 26. Die Stelle ist abgedruckt bei Wilda a. a. O. S. 224 flg.

127) So sagt die kurf. Polizeiordnung vom 22. Juni 1661 Tit. 8: Nun stellen wir zwar ehrliche und künstliche Spiele, welche zur Tugend anleiten — wie denn auch ehrliche Wetten, so außer dem Spiele geschehen, an ihren Ort.

die Gesetze geboten war, ist aber bis zur neuesten Zeit herab nicht klar geworden. Von der Giltigkeit der Wetten behaupten die teutschen Juristen eine Ausnahme nur in Bezug auf diejenigen, welche über ein verbotenes Spiel eingegangen werden, indem man nur diese Beschränkung als im römischen Rechte begründet ansah. Die von Einigen angenommene Unzulässigkeit der Wetten auch über erlaubte Spiele steht im Widerspruche mit dem römischen Rechte. Jene Ausnahme hat aber in der Anwendung Schwierigkeiten, welche darin ihren Grund haben, daß der Begriff der verbotenen Spiele im römischen Rechte ein anderer ist als im teutschen Rechte. Im römischen Rechte sind verbotene Spiele diejenigen, wegen welcher eine Civilklage nicht stattfindet, und es werden dahin alle Spiele gerechnet, mit Ausnahme der gymnastischen, welche zum Kriege geschickt machten. In Teutschland gestattete man wegen keiner Spielschuld eine Klage, bedrohte aber unter Umständen das Spiel auch mit Strafe, so daß verbotene Spiele im teutschen Sinne nur die mit Strafe bedrohten sind. Nach römischem Rechte war das Spielen um Geld, wenn auch nicht mit Strafe bedroht, doch unzulässig und es waren mit dem Betreiben und Fördern desselben gewisse Rechtsnachtheile verbunden; nach teutscher Rechtsansicht ist aber ein mäßiges Spiel, welches nur zur Unterhaltung und Erholung, nicht aus Gewinnsucht betrieben wird, zulässig und untadelhaft, ungeachtet der Grundsatz festgehalten wurde, daß nicht auf Borg gespielt werden solle und deshalb eine Spielschuld nicht klagbar sei. Vom Standpunkte des römischen Rechtes aus wären Wetten über Spiele, außer den gymnastischen fünf von Justinian für erlaubt erklärten, ungiltig; allein die Juristen haben die Ungiltigkeit meistens nur auf die unerlaubten Spiele im teutschen Sinne, auf die Hazardspiele, bezogen. Unter Wetten über ein unerlaubtes Spiel wurde regelmäßig das sog. Pariren verstanden. Die Frage, ob eine jede Wette, welche ein unerlaubtes Spiel betrifft oder dadurch veranlaßt worden ist, gleich dem Spiele selbst als unzulässig zu betrachten sei, läßt sich aus den Worten der römischen Gesetze nicht entscheiden und daher nur aus dem Grunde, auf welchem jene Beschränkung beruht, ableiten. Diesen Grund kann man nicht darin finden, daß das unerlaubte Spiel contra bonos mores sei, und jede Wette, welche einen unsittlichen Inhalt hat, ungiltig sei[128]), weil nicht jede Wette, welche sich auf einen unsittlichen Gegenstand bezieht, unsittlich und daher ungiltig ist, sondern die Wette, welche in sich selbst etwas Unsittliches enthält, indem sie unsittliche Handlungen veranlaßt oder befördert; vielmehr liegt der Grund darin, daß die Wette über ein verbotenes Spiel, wofür bei den Römern jedes Spiel um Geld gehalten wurde, werde sie über den Ausgang des Spieles oder der einzelnen Spielhandlungen eingegangen, selbst zu einem Spiele wird. Daher haben neuere Civilisten

---

128) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Wilda a. a. O. S. 228, N. 75.

sich gemeinrechtlich für die Giltigkeit der Wetten entschieden, dafern ihr Gegenstand anständig ist und die Wette nicht in ein verbotenes Spiel ausartet [129]), und diesen muß man vollständig beipflichten. Eine Ausartung einer Wette in ein verbotenes Spiel tritt ein, wo es sich für die Parteien nicht um ihre Behauptung handelt, sondern wo die Wette nur eine Entscheidung über Gewinn und Verlust, wie bei dem Glücksspiele, herbeiführen soll. Nur aus den Umständen läßt sich entscheiden, ob dieses der Fall sei; in den meisten und wichtigsten Fällen wird es fast von selbst hervortreten. Eine Wette kann in ein Glücksspiel ausarten nicht blos bei Wetten über Spiele, sowohl über erlaubte als verbotene, sondern auch bei Wetten, welche von einem Spiele unabhängig sind. Man kann als Grundsatz aufstellen, daß die Wette unter die verbotenen Spiele fällt, wenn die Gelegenheit dazu um des Gewinnes willen gesucht und ergriffen ist [130]), ein Grundsatz, welchen auch Landesgesetze sanctionirt haben [131]). Auf Wetten beim Spiele kann dies nicht beschränkt werden, da ja auch sonst ebenso aus Gewinnsucht gewettet werden kann. Es kann daher die Regel nicht so, wie von manchen Germanisten geschieht [132]), gefaßt werden, daß eine Wette klagbar sei, sofern sie nicht über ein Spiel angestellt wird, sondern vielmehr so, daß nur die eigentlichen Wetten vollgiltig sind, nicht aber die um des Geldgewinnes eingegangenen sogenannten Wetten, welche eben nichts anderes als Glücksspiele sind [133]). Durch die Aufnahme der Grundsätze des römischen Rechtes ist auch den älteren teutschen keineswegs derogirt worden, indem eigentlich nur ein scheinbarer Widerspruch zwischen beiden stattfand, sofern das römische Recht in L. 17. §. 5. D. 19. 5., worin die Zulässigkeit der Wetten vorausgesetzt wird, die eigentlichen Wetten betrifft und diese für zulässig erklärte, während die älteren teutschen Statuten nur die Afterwetten, die Wetten, „die Gelds und Guts wegen geschehen", verhindern wollten. — Das teutsche Recht stellt aber noch eine weitere Regel auf, daß die Rechtsbeständigkeit einer Wette durch die Mäßigkeit der Wettsumme bedingt wird. Wenn auch die Gemeinrechtlichkeit dieser Regel durch Manchen in Abrede gestellt wird [134]), auch deren Begründung im römischen Rechte nicht erweislich ist, so ist sie doch von Theoretikern und Praktikern, selbst solchen, welche dem römischen Rechte möglichst folgen, wenn auch unter Modificationen, anerkannt worden [135]). Man hat die Regel durch eine allgemeine

---

129) Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 427. Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. II, S. 735. Vangerow, Leitfaden Bd. III, S. 497 flg. Aufl. 3.

130) Sachse, Hdbch. des großh. sächs. Privatr. §. 427.

131) Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 20, §. 1302.

132) Eichhorn, teutsches Privatr. §. 110. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 247, Aufl. 6.

133) Wilda a. a. O. S. 297 flg.

134) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 297 a. E.

135) Vgl. die Citate bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 11, S. 357, N. 9 und bei Wilda a. a. O. S. 230, N. 83. Von den neuesten Civilisten erkennen

Praxis zu rechtfertigen versucht, welche aber ihrem Ursprunge nach nur in einer offenbaren Ueberschreitung aller richterlichen Befugnisse ihren Grund haben würde, wenn sie auf der bloßen Ueberzeugung der Gerichte von der Verderblichkeit und Schädlichkeit unmäßiger Wetten beruhte. Vielmehr sind die Juristen auch hier nur einer schon vor Einführung des römischen Rechtes herrschenden, ihnen überlieferten Rechtsansicht gefolgt. Nach den in Teutschland herrschend gewordenen Ansichten nämlich war die Giltigkeit der Wetten überhaupt beschränkt, indem jede nur aus Gewinnsucht eingegangene Wette ungiltig und dem Spiele gleichgeachtet war, und ebenso jeder nicht „bedächtlich" sondern in Leidenschaft eingegangene Wettvertrag ungiltig war. Letztere Bedingung, daß der Wettvertrag „bedächtlich" eingegangen sein müsse, findet sich in den Freiburger Statuten; Zasius, der Verfasser derselben, kann sie aus dem römischen Rechte, wo sie sich nicht findet, nicht entnommen haben. Eine mit dem Vermögen der Wettenden nicht im Verhältniß stehende Wette aber betrachtete man, wenn sie nicht einem besonderen Strafgesetze unterlag, als eine nicht mit Bedacht eingegangene. Eine solche widersprach dem Wesen der Wetten, wie man es sich in Teutschland vorstellte[136]). Es fehlte mithin nach teutscher Rechtsansicht einer solchen Wette eine Bedingung ihrer Klagbarkeit. Nach Einführung des römischen Rechtes wurde von den Juristen ganz allgemein die Giltigkeit der Wetten als Hauptgrundsatz an die Spitze gestellt; daher bildete sich nun bald die Ansicht, daß jede Beschränkung möglichst eng zu nehmen sei, und daß folglich bei einer hohen Wette der Richter die Klage nicht verwerfen dürfe, sondern das Recht und die Pflicht zur Ermäßigung der Wettsumme habe. Hin und wider dagegen folgte man der Ansicht, daß der Richter zwar die Klage wegen einer zu hohen Wette zurückweisen, nicht aber die Wettsumme ermäßigen dürfe[137]). Als Grenze für hohe und niedere Wetten betrachtete man regelmäßig die für Schenkungen hinsichtlich der Insinuation maßgebende Summe von 500 solidi, so daß als eine hohe Wette die angesehen wurde, bei welcher ein Wettpreis über 500 Goldgulden ausgesetzt war; gleich stellte man diejenige, durch deren Erfüllung der verlierende Theil

---

sie an Sintenis a. a. O. S. 735 flg. und selbst Vangerow a. a. O. S. 499 entscheidet sich bei unverhältnißmäßiger Größe der Wettsumme für die Nichtklagbarkeit, weil dadurch regelmäßig der Schluß gerechtfertigt sein werde, daß keine Wette, sondern ein Spiel vorhanden sei, obwohl er, wenn in einem solchen Falle einmal eine Wette angenommen werden müsse, was er als möglich hinstellt, gemeinrechtlich dem Richter kein Ermäßigungsrecht zugesteht, worin Sintenis von ihm abweicht.

136) So sagt die Frankfurter Reformation Th. 2, Tit. 26: es wäre denn die Summe der Wette übermäßig — denn die Wetten mehr um Kurzweil, denn Gelts und Gutes wegen zu geschehen pflegen und sollen.

137) So hat die Juristenfacultät zu Leipzig erkannt. S. Curtius, sächs. Civilr. Th. 4, §. 1564. Freiesleben, de sponsionibus earumque praesertim in iure Saxonico obligatione (Lips. 1822.) p. 30.

sich und den Seinigen den Lebensunterhalt entziehen müßte[138]). Diese Grenzen sind aber zu weit, in Erwägung, daß teutsche Statuten und Landesgesetze viel niedrigere Beträge der zu verspielenden Summen bestimmen und dieselben zum Theil auch für erlaubte Wetten festsetzen, und in weiterem Betracht, daß eine Wette schon, wenn die Erstattung dem Verlierenden „nachtheilig oder beschwerlich", als eine hohe Wette nach landrechtlichen Bestimmungen galt[139]). — Alle übrigen Rechtssätze, die wohl sonst auch als Bedingungen einer rechtsbeständigen Wette aufgestellt werden, enthalten nur Anwendung allgemeiner, auch bei anderen Verträgen in gleicher Weise geltender Rechtsgrundsätze. Selbst der Satz, daß der Gegenstand der Wette nicht unsittlich und unerlaubt sein dürfe, gehört hierher; ebenso der Satz, daß eine scherzhafte oder lächerliche Wette ungiltig sei, indem es dann an dem ernstlichen beiderseitigen Willen sich zu verpflichten fehlt, der ja auch bei allen anderen Verträgen erfordert wird. Die Ungewißheit des Gegenstandes der Wette hat man wohl auch früher verlangt, aber mit Unrecht. Man verlangte dies in der Meinung, daß die Wette sich immer auf ein erst künftig zur Entscheidung kommendes Ereigniß beziehen müsse. Man sah aber ein, daß es weniger auf den Eintritt des Ereignisses als auf die den Wettenden bereits davon beiwohnende Kenntniß ankomme. Ebenso konnte man nicht übersehen, daß ein bereits längst feststehender Umstand Gegenstand widerstreitender Behauptungen und daher auch einer Wette sein könne; hier aber verlangte man, daß nicht etwa einer der Wettenden entschiedene Gewißheit über den Umstand, auf welchen sich die Wette bezog, habe; hatte er solche, so ließ man eine Wette nicht zu[140]). Diese noch nicht ganz verlassene Ansicht hat ihren Grund in der nicht gehörigen Trennung von Wette und Spiel, darin, daß man die Entscheidung über Gewinn und Verlust als Zweck der Wette ansah, weshalb man, wenn die Sache an sich nicht ungewiß war, mindestens Zweifel darüber von Seiten beider Wettenden verlangte. Aber die Voraussetzung der Wette ist vielmehr eine auch durch Widerspruch nicht zu erschütternde Ueberzeugung von der Richtigkeit einer Behauptung, obwohl auch andere Beweggründe einer Wette denkbar sind, wie Rechthaberei, Sucht, mit Wissen zu glänzen u. s. w. Es kann daher über einen objectiv wie subjectiv für die behauptende Partei völlig gewissen Gegenstand, sei derselbe Gegenstand allgemeiner Wissenschaft oder eines auf besonderen Gründen beruhenden subjectiven Wissens, geistiger oder sinnlicher Wahrnehmung, eine Wette giltig eingegangen werden. Es wird hier von Vielen verlangt, daß derjenige, welcher über einen Gegenstand wettet, welchen er gewiß wisse oder kenne, dies seinen Gegnern

---

138) Bülow u. Hagemann, Erörterungen Bd. VII, S. 396.

139) Würtemb. Landr. v. 1610 bei Reyscher, Samml. würtemb. Gesetze Bd. V, S. 218.

140) Hofacker, Princ. iur. Rom. T. III. §. 2074.

mitgetheilt haben müsse, wenn die Wette giltig sein solle[141]). Allein nicht bei allen Wetten kann eine solche besondere Mittheilung seiner Wissenschaft verlangt werden, z. B. wenn über einen Gegenstand eigentlicher wissenschaftlicher Kenntniß eine Wette eingegangen werden sollte, etwa über irgend eine historische Thatsache, über die Richtigkeit einer Berechnung. Hier würde die Versicherung, daß man es ganz gewiß wisse, sich auf sein Gedächtniß verlassen könne, ganz überflüssig sein; juristisch könnte man nicht einmal unbedingt verlangen, daß der Wettende dem Gegner etwa noch sage, er habe es vor Kurzem erst gelesen oder eben nachgeschlagen u. s. w. Auch da, wo schon die Umstände ergeben, daß Jemand von gewissen Sachen eine bessere Kenntniß als Andere haben müsse, kann man ein besonderes Hervorheben seiner Wissenschaft, welche gleichsam eine Warnung für den Gegner ist, nicht zu wetten, nicht fordern; es muß sich der Gegner, wenn er die Verhältnisse kannte, es selbst zuschreiben, wenn ihn der Nachtheil verwegener Behauptungen trifft. Nur das kann man von den Wettenden verlangen, daß sie nicht arglistig gegen einander verfahren, was bei Wetten ebenso unzulässig ist wie bei anderen Verträgen. Eine solche Arglist würde demjenigen zur Last fallen, welcher sich den Schein giebt, einer Sache minder gewiß zu sein als es der Fall ist, um seinen Gegner dadurch sicher zu machen, ihn in seiner Behauptung zu bestärken; ferner demjenigen, welcher sich zweideutiger, verfänglicher Worte bedient[142]). Die Juristen, welche an die Stelle dieser negativen, allgemeinen Erfordernisse mehr besondere, positive setzen wollten, sind wohl, soweit nicht Verwechselung von Spiel und Wette sie geleitet hat, durch die Meinung, die Wette in gewisser Weise zu beschränken, ohne darum mit dem allgemeinen Grundsatze ihrer Rechtsbeständigkeit in Widerstreit zu treten, bestimmt worden. In Teutschland war dieselbe Tendenz schon vor und zur Zeit der Einführung des römischen Rechtes zur Geltung gekommen. Sie findet sich auch in den neueren Gesetzbüchern wieder; in keinem derselben wird die Klagbarkeit auch nur mäßiger, nicht in ein Glücksspiel ausartender Wetten, in dem Umfange, wie solcher im gemeinen Rechte anerkannt ist, angenommen[143]).

Heimbach sen.

Staat und **Kirche** in ihren gegenseitigen Verhältnissen. Die Feststellung des Verhältnisses von Politik und Religion, von Staat und Kirche gehört zu denjenigen Problemen, mit welchen sich die Gebildeten aller Zeiten und Völker sowohl in speculativer Weise als in der Praxis auf's Eifrigste beschäftigt haben. Daß diese Bemühungen

---

141) Vgl. die Citate bei Wilda a. a. O. S. 234, N. 95. Das preuß. Landr. Th. 2, Tit. 11, §. 580 stimmt damit überein.

142) Glück, Erl. der Pand. Bd. 11, S. 354 flg. und die daselbst in N. 99 angeführten Schriftsteller.

143) Vgl. Code civil §. 1965. Oesterreich. Gesetzb. §. 1270, 1271. Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 20, §. 1302.

fruchtlos geblieben seien, wird gewiß mit Grund nicht behauptet werden dürfen; dennoch kann man aber nicht leugnen, daß eine Versöhnung der differenten Ansichten bisher nicht gelungen ist, ebensowenig auch in wahrhaft und dauernd befriedigender Weise die Eintracht zwischen den Staaten und den Kirchen selbst hergestellt und befestigt worden. Die bisherigen Erfahrungen begründen die Ueberzeugung, daß der ersehnte Friede zwischen Staat und Kirche so lange nicht zu Stande kommen werde, als auf der einen oder anderen Seite der Wunsch vorherrscht, selbst und allein sich im Besitze aller Macht zu befinden. Die Staatsomnipotenz und die Hierarchie schließen einander aus. Staatskirchenthum und Kirchenstaatsthum stiften keine wirkliche Einheit. Der Friede fordert als Bedingung die gleiche Berechtigung innerhalb der eigenen Sphäre und die Bereitwilligkeit, mit den eigenen Gütern dem anderen Theile zu dienen.

Die verschiedenen Auffassungen über das Verhältniß von Staat und Kirche folgen vornämlich aus der abweichenden Begriffsbestimmung von Staat und Kirche überhaupt, im besonderen aus der Differenz der ihnen zugeschriebenen mannigfaltigen Zwecke sowie der zur Vollziehung derselben ihnen zugewiesenen Mittel. Von Einfluß sind außerdem die verschiedenen Meinungen über den Ursprung beider Institute und die Begrenzung ihrer Sphären, zur Erreichung gewisser Absichten, wie Erlangung der Religionsfreiheit, Vernichtung der Hierarchie u. a. m. Es müssen verschiedene Systeme entstehen, je nachdem der Staat nur als eine Zwangsanstalt zur Sicherung und Verwirklichung des äußeren Rechtszustandes, oder zur Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt, oder zur Realisirung der Gesammtheit der sittlichen Ideen aufgefaßt wird. Ebenso können nicht gleiche Resultate gewonnen werden, wenn die Kirche auf den religiösen Cultus beschränkt oder wenn sie als zur Einwirkung auf das sittliche Leben berufen angesehen wird. Diejenigen, welche den Staat als eine blos menschliche, die Kirche dagegen als eine durchaus göttliche Anstalt betrachten, werden für ihr beiderseitiges Verhältniß andere Grenzen ziehen, als diejenigen, welche davon ausgehen, daß der irdische Staat auf einer göttlichen Anordnung beruht, und daß die von Gott gestiftete Kirche auf Erden in ihrer Gestaltung durch die allgemeinen Schicksale menschlicher Einrichtungen bestimmt worden sei und fort und fort dadurch bestimmt werde.

Es würde hier nicht am Orte sein, selbst nur übersichtlich die Grundsätze darzustellen, welche als Ausfluß der philosophischen Systeme über das Verhältniß von Staat und Kirche gebildet worden sind. Die Geschichte der Philosophie selbst und die der Rechtsphilosophie insbesondre geben darüber genügende Auskunft[1]). Wir behaupten indessen

---

1) M. vgl. darüber vornämlich Henrici, über den Begriff und die letzten Gründe des Rechtes; ein historisch-kritisch-scientifischer Versuch zur Begründung einer philosophischen Rechtslehre. Zwei Theile. 2. Ausg. Hannover 1822.

wohl nicht zu viel, wenn wir folgende Sätze als von der Mehrzahl der Philosophen, Juristen, wie Theologen gegenwärtig anerkannt ansehen: Der Staat als ein Organismus, in welchem sich der rechtliche Zustand der menschlichen Gesellschaft verwirklicht, ist nicht auf das Profane, Materielle, sog. Weltliche beschränkt, sondern alle Bestrebungen der Gesellschaft müssen ihm am Herzen liegen. Es giebt keinen Gegenstand, der in die Sichtbarkeit tritt, welchem sich der Staat entziehen darf, und die höchsten Interessen der Einzelnen müssen auch dem Staate als die kostbarsten Güter erscheinen, weil ja die Existenz des Staates selbst von der Einheit der Individuen in dem, was das Gemeinsame und Verbindende bildet, bedingt ist. Sobald erst die Tendenzen der Bürger von dem, was das Objective im Staate ausmacht, abfallen, sobald die Eintracht im Volke gestört wird, weil die Regierung ihren Schutz und ihre Förderung den Bestrebungen entzieht, welchen die Bürger sich vollständig ergeben, dann muß der Staat selbst sich auflösen. Bestehen kann aber überhaupt für die Dauer nur die Staatsgemeinschaft, welche Wahrheit und Gerechtigkeit zu ihrer Grundlage hat. Das im Staate zu realisirende Recht muß daher ein sittliches sein. Ist das Recht ein unsittliches, so wird es nicht einmal möglich sein, die Voraussetzung eines geordneten Rechtszustandes, die Sicherheit von Person, Eigenthum u. s. w. herbeizuführen. Eine wirkliche Rechtsordnung setzt aber ferner voraus, daß jedes Mitglied der Gemeinschaft sich in freiem Gehorsam dem von der Obrigkeit zu handhabenden allgemeinen Gesetze unterwirft. Die blos äußerliche Legalität, ein Erzeugniß der Furcht, kann nicht genügen, um das gegenseitige Vertrauen aller Staatsgenossen zu erzeugen, von dessen Vorhandensein der befriedigende Zustand jeder menschlichen Verbindung abhängt. Das gegenseitige Vertrauen fließt aus der Ueberzeugung von der Ehrenhaftigkeit, der Gewissenhaftigkeit der Mitbürger, aus der Zuversicht, daß ihre Aussagen, ihre Zusagen, ihr Eid rein und nicht mein (falsch) sind. In der Wahrheit des Eides liegt die letzte, die äußerste Gewähr für die Staatsverbindung. Der Eid weist aber zurück auf das Höchste und Heiligste, auf Gott in dem Gewissen des Schwörenden, auf Gott über dem Schwörenden.

Der Staat kann nicht bestehen ohne das sittliche Recht und ohne den religiösen Eid; der Staat muß daher selbst ein sittlicher und religiöser sein.

Religiöse Gemeinschaften können noch weniger der Sittlichkeit entrathen als andere Vereinigungen, denn dieselbe gehört zu ihrem Begriffe. Religion ist nämlich die Verbindung des Menschen mit Gott, bestimmt durch das im Selbstbewußtsein sich manifestirende

---

Fr. v. Raumer, über die geschichtliche Entwickelung der Begriffe von Recht, Staat und Politik. 2. Aufl. Leipzig 1832. *Vinet*, essai sur la manifestation des convictions religieuses et sur la separation de l'église et de l'état etc. Paris 1842 (teutsch von *Volkmann*, Leipzig 1843, von *Spengler*, Heidelberg 1845). S. Anm. 11.

Gottesbewußtsein. Diese Verbindung beruht auf einer in der menschlichen Natur mit der Schöpfung selbst getroffenen göttlichen Einrichtung. Dieselbe zeigt sich im Glauben und dem daraus hervorgehenden Cultus sowie im ganzen Leben. Daher ist die Sittlichkeit ebenso verschieden als die Religiosität des Einzelnen und die Religion selbst im ganzen. Der sogenannte Atheismus, als Religion oder Irreligion, ist mit einer anderen Sittlichkeit verbunden, als der Paganismus, Deismus, Mosaismus und das Christenthum. Ohne Sittlichkeit und ohne derselben dienende Institutionen, soviel Irrthümliches und von den ewigen Gesetzen der Moral Abweichendes auch darin enthalten sein mag, ist aber keine dieser Religionen. Das Christenthum, die vollkommene Religion, legt auf die Sittlichkeit das größte Gewicht, weil darin der christliche Glaube zu Tage tritt. Die Religion, von Gott selbst gestiftet[2]), ist der Glaube, die Zuversicht auf Gott in der Hoffnung[3]), welche die Reinigung des Herzens wirkt, ein geistiges Leben in und mit Gott schafft[4]). Das Christenthum kennt keine Schranke der Zeit, des Ortes, der Nationalität, der Bildung, und hat nur Einen Feind, die aus dem Unglauben hervorgehende Unsittlichkeit, welche den Menschen von Gott, als dem Reinen und Heiligen, entfernt[5]). Darum ist auch die auf dem Christenthum ruhende religiöse Gemeinschaft, die Kirche, als solche die sittliche, die heilige[6]).

Die Kirche, als die christliche Religionsgemeinschaft, kann nicht bestehen ohne die aus dem Glauben fließende Sittlichkeit.

So wie im sittlichen Wandel des Einzelnen sittliches Recht und sittlicher Glaube vereinigt sind, ebenso vereinigen sich in der allgemeinen Förderung des sittlichen Lebens Staat und Kirche, einander ergänzend. Diese Vereinigung kommt indessen nicht so zu Stande, daß die Kirche, zu einem bloßen Momente des Staates herabgesetzt, im Staate untergeht; ebensowenig so, daß der Staat nur ein Theil der Kirche wird, ohne jede Selbstständigkeit, gleichsam nur der vollstreckende Arm (brachium seculare). In beiden Fällen muß es zu einer Corruption kommen, welche die rechte Vollziehung des sittlichen Rechtes und des sittlichen Glaubens verhindert. Wird die Kirche Theil des Staates, dann führt die Consequenz zur Verwirklichung des Glaubens nach dem Kanon des Rechtes; mithin wird die Religion, welche doch ihrer Natur nach auf freier, durch Gottes Gnade gewirkter Aneignung beruhen soll, Gegenstand des Zwanges. Wird dagegen der Staat Theil der Kirche, dann

---

2) Br. an die Römer I, 19 flg. II, 14, 15 verb. mit vielen Stellen des alten und neuen Testamentes über die Schöpfung der Welt durch Gott. Hiob XII, 7 flg. Psalm XIX. Jesaias XL, 26. Apostelgeschichte XIV, 15—17. XVII, 24 flg. u. a.

3) Br. an die Ebräer XI, 1 flg.

4) I. Br. Joh. II, 29. III, 2 flg. verb. Ev. Matth. V, 8.

5) I. Br. Joh. III, 6. Br. an die Ebräer XII, 14.

6) Br. an die Epheser V, 26 flg., an die Colosser I, 12.

ist das Gebiet des Rechtes nach dem Kanon der Religion zu behandeln und es wird darnach Sache des Gewissens, was doch in Wahrheit Gegenstand des äußeren Daseins ist und den diesem entsprechenden Normen unterliegen sollte. Beide Vermengungen finden ihre Erklärung in einer falschen Begriffsbestimmung des Staates und der Kirche sowie in einer auf Seiten der Kirche angenommenen irrthümlichen Trennung des Sittlichen und Religiösen, desgleichen in einer auf Seiten des Staates vorausgesetzten überspannten Steigerung des sittlichen Gebietes oder umgekehrt in einer falschen Gleichsetzung des Staatlichen und Weltlichen, Temporellen, des Kirchlichen und Geistigen, Spirituellen. Wenn die Kirche auf das Religiöse in der Gestalt des Dogma's eingeschränkt wird, dann muß freilich der Staat als der alleinige Vertreter aller sichtbaren Interessen den Wirkungskreis der Kirche als äußere Anstalt selbst mit übernehmen; wenn dagegen dem Staate die Berechtigung abgesprochen wird, sich der Verwaltung der sittlichen Güter des Volkes zu unterziehen, dann wird allerdings nur die Kirche den Anspruch haben, die Gesammtheit zu leiten und den Staat nach ihrem Belieben zu verwenden.

Beide Auffassungen sind nicht normal und nicht haltbar. Es bleibt daher nur die Annahme, daß Staat und Kirche zwei innerhalb ihrer Sphäre selbstständige, von einander unabhängige Institute sind. Das Religionsgebiet der Kirche und das Rechtsgebiet des Staates beschränken sich aber nicht beziehungsweise auf das Dogma, auf den Glauben, und auf die äußere Existenz der ihnen zugehörigen Mitglieder, sondern beide treffen in dem ihnen gemeinsamen Sittlichen zusammen. Dieses stiftet zwischen ihnen eine solche Verbindung, daß sie wie Ein Ganzes erscheinen, daß sie als zwei zusammen gehörige und einander ergänzende Theile aufgefaßt werden müssen. Das von ihnen gebildete Ganze ist das Reich Gottes auf Erden, mit seinen vollkommen himmlischen und unvollkommen irdischen Bestandtheilen. Beide sind vermischt in der Kirche wie im Staate. Die von Gott gestiftete Kirche leidet auf der Erde an allen den Unvollkommenheiten, von denen kein im Diesseits befindliches Institut frei ist. Die Kirche (*ἐκκλησία; κυριακή*) auf Erden ist noch nicht das vollendete Reich Gottes und Christi (*βασίλεια τοῦ Χριστοῦ καὶ Θεοῦ*)[7]). Ebensowenig ist dieses der Staat, obschon er göttliche Ordnung ist[8]). Als solche ist er aber auch nicht identisch mit der Welt; er ist ebensowenig von der Welt wie die Kirche, doch sind beide in der Welt und haben die gemeinsame Aufgabe, dieselbe zu reinigen und zu dem zu erheben, wozu Gott sie bestimmt hat, das ist eben zum Reiche Gottes[9]). Sobald dieses vollendet ist,

---

7) Ev. Lucä XVII, 20. Ev. Joh. XVIII, 36.

8) Br. an die Römer XIII, 1 flg. I. Br. Petri II, 13, 14. Br. an Titus III, 1.

9) Ev. Joh. III. 16. I. Br. Joh. II, 2.

wird der Unterschied von Staat und Kirche nicht mehr in zwei getrennten Anstalten erkennbar sein; das Reich Gottes selbst, indem es Staat und Kirche in sich verschmolzen hat, kann weder Staat noch Kirche sein. Bis am Ende der Tage dieses Ziel erreicht ist[10]), betet die Menschheit im Staate wie in der Kirche noch immer zu Gott: Dein Reich komme! Bis dahin bleiben aber noch die drei Möglichkeiten des einträchtigen Zusammenwirkens der zwei besonderen Institute, oder der Unterdrückung der Kirche durch den Staat, und des Staates durch die Kirche.

Die hier kürzlich aus dem Wesen der beiden Anstalten, auf dem Fundamente der heiligen Schrift, entwickelten Grundsätze erhalten ihre nähere Bestimmung und den vollen Inhalt durch die Berücksichtigung der Geschichte des Verhältnisses von Staat und Kirche und des Ergebnisses dieses historischen Verlaufes, nämlich der gegenwärtig geltenden beiderseitigen Rechtszustände selbst.

Geschichte des Verhältnisses von Staat und Kirche[11]).

Bürgerliches und religiöses Leben stehen, weil auf dem gemeinsamen Boden des Weltlichen und in der Gemeinschaft des Sittlichen, in einer nothwendigen Verbindung. In dem vorchristlichen Alterthum ist dieselbe eine so durchgreifende, daß sogar zur Bezeich-

10) I. Br. an die Corinther XV, 28. Br. an die Epheser I, 10. Ev. Matth. XXV. 31. I. Br. an die Thessalon. IV, 16 u. a.

11) Die Literatur über diesen Gegenstand ist sehr reich. Außer den weiterhin anzuführenden Schriften s. m. im allgemeinen die Nachweisungen bei Engelmann, bibliotheca iuridica, im Materienregister S. 555, 556 (Leipzig 1840) u. S. 281 (Supplement. Leipzig 1849) unter den Worten: Kirchenstaatsrecht. Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes Theil III (Göttingen 1783) Buch I, Hauptst. IV, S. 61 flg. Buch XI, S. 672 flg. Dessen Fortsetzung von Klüber (Erlangen 1791) S. 127 flg., 505 flg., im besonderen Thomassin, ancienne et nouvelle discipline de l'église. Lyon 1678. Paris 1725. 3 Vol. Fol. und in lateinischer Uebersetzung: vetus ac nova ecclesiae disciplina. Paris 1688 und öfter, zuletzt Magont. 1786 sq. 9 Tom. 4. Peter de Marca, de concordia sacerdotii et imperii, öfter herausgegeben, insbesondre von Balagius und I. H. Boehmer (Francof. 1708 Fol.). Planck, Geschichte der Entstehung und Ausbildung der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung, Hannover 1803 flg., 5 Bde. Riffel, geschichtliche Darstellung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat, von der Gründung des Christenthums bis auf die neueste Zeit, Bd. I (bis auf Justinian I.), Mainz 1836, (vgl. Richter's krit. Jahrb. für teutsche Rechtswissenschaft 1838 Bd. III, S. 332 flg.). Dönniges, das teutsche Staatsrecht und die teutsche Reichsverfassung Th. I, Berlin 1842, (seit Karl dem Großen bis ins 12. Jahrh.). Phillips, Kirchenrecht B. II, Abth. II. B. III, Abth. I (Regensburg 1847, 1850) Kap. 10: die Kirche und die menschliche Gesellschaft. A. de Roskovany, monumenta catholica pro independentia potestatis ecclesiasticae ab imperio civili. Quinque-Ecclesiis 1847. 2 Tom. Franz Freiherr zu Droste-Vischering, über Kirche und Staat, Münster 1817 (2. Aufl. 1838). Clemens August Freiherr Droste zu Vischering, über den Frieden unter der Kirche und den Staaten, Münster 1843. J. P. Lange, über die Neugestaltung des Verhältnisses zwischen dem Staate und der Kirche, Heidelberg 1848. E. Herrmann, über die Religionsgemeinschaften im Staate, Göttingen 1849 u. a. m.

nung einer blos religiösen Vereinigung, welche nicht zugleich eine politische war, der Ausdruck fehlte. Die Religion ist als solche national. Daher sagt Cicero: Sua cuique civitati religio est, nostra nostri [12]. Die Institutionen des Cultus und der gesammten Staatsverwaltung sind miteinander verwachsen. Diese Thatsache findet ihre vollständige Erklärung in der Entstehung der alten Staaten und Volksreligionen selbst.

Der Keim des Staates liegt in der Familie. Die erweiterte Familie ist bereits der Staat. Wie aber das Haupt in den einzelnen Familien, der Hausvater, die Leitung des ganzen Hauses übernimmt, daher auch die religiösen Angelegenheiten besorgt, insbesondre die Opfer darbringt, so bleibt in den einfacheren patriarchalischen Staaten der König auch zugleich der Priester. Aristoteles spricht von dem Könige als Feldherrn, Richter und Priester: στρατηγός ἦν καὶ δικαστὴς ὁ βασιλεὺς καὶ τῶν πρὸς Θεοὺς κύριος [13]. Wenn Virgil des Anius gedenkt als: rex idem hominum Phoebique sacerdos, so macht Servius [14] dabei die Bemerkung: Sane maiorum haec erat consuetudo, ut rex etiam esset sacerdos vel pontifex [15]. Diese Verbindung der höchsten politischen und religiösen Autorität dauert indessen noch später fort, sie durchdringt aber zugleich die übrigen Kreise. Der Senat ist in der Zeit der römischen Republik die Behörde, welche dem Collegium Pontificium vorgesetzt ist [16]. Die Pontifices maximi bekleideten dagegen gewöhnlich zugleich höhere bürgerliche Aemter [17]. In Athen gehörten die Religionssachen vor die Volksversammlung [18]. Nach der Herstellung der Monarchie in Rom vereinigte auf's Neue der Kaiser in seiner Person auch die Würde des Pontifex maximus [19]. Wie in den Personen, so ist in der gesammten Verfassung und Verwaltung der heidnischen Staaten Politik und Religion miteinander verbunden. Die Sacra bilden einen Theil des öffentlichen Rechtes [20]. Alle kirchlichen

12) Pro Flacco c. 28.

13) Politica III. 14.

14) Zu Aeneid. III. 80.

15) Vgl. I. G. Müller, de regibus apud antiquos populos sacerdotibus. Ienae 1746. 4. N. Schwebel, de causis coniunctae olim cum regia sacerdotii dignitatis. Onold. 1769. 4.

16) Hüllmann, ius pontificium der Römer (Bonn 1837) S. 99, 113, 118 flg.

17) Hüllmann a. a. O. S. 88 flg. verb. Hartung, die Religion der Römer Bd. I (Erlangen 1836) S. 205 flg.

18) Tittmann, Darstellung der griechischen Staatsverfassung (Leipzig 1822) S. 221, 256.

19) Ueber Augustus s. Sueton. in Octavian. XXXI. Vgl. Manso, Leben Constantin's des Großen (Breslau 1817) S. 105. Gieseler, Kirchengesch. I, §. 76, N. b.

20) Cicero, de legibus II. 8. L. 1. §. 2. de i. et i. (Ulpian.) verb. L. 17. D. de V. S. (50. 16.) (Ulpian.). Die erste dieser beiden Stellen ist von Isidor, etymolog. lib. V. c. 8. recipirt und in's Decret übergegangen c. 11. dist. I.

Handlungen von einiger Bedeutung haben zugleich eine religiöse Beziehung[21]), vor allen die Ehe, der Eid u. a. Die römischen sacra publica, popularia, d. i. pro toto populo, politica[22]) schlossen übrigens die sacra privata, pro singulis hominibus, familiis, gentilibus[23]) keineswegs aus. Der Staat sorgte auch für das Bestehen der letzteren und ließ jedem Municipium sein altes ius sacrum[24]). Nur geheime, nicht approbirte Culte waren untersagt[25]) und den Aedilen war deshalb aufgetragen, darüber zu wachen, daß nicht fremder Gottesdienst sich einschleiche[26]).

Die Eigenthümlichkeit der heidnischen Staaten und Volksreligionen in ihrer Verschmelzung bestand darin, daß der Cultus, als Theil des öffentlichen Lebens, der Politik und dem bürgerlichen Gemeinwesen vollständig unterworfen war, daß also die Gesammtherrschaft dem Staate gebührte[26a]). Höchst charakteristisch ist daher das geradezu umgekehrte Verhältniß in der jüdischen Theokratie[27]).

Den Nachkommen Abrahams, welche Gott zu seinem Volke erkoren hatte[28]), verlieh Gott selbst sein Gesetz[29]) und war zugleich ihr König[30]). Das göttliche Gesetz bestimmt gleichmäßig den Glauben und den Cultus, die Sittlichkeit und die Rechtsordnung sowie die Verfassung des Volkes. Nach diesem Inhalte verschieden bildet doch das ganze Gesetz eine Einheit, welche auf dem Glauben an Gott als Gesetzgeber und Regierer beruht. Diesem Glauben dient das Gesetz und die Verletzung desselben

---

21) S. Cicero, de divinatione I. 16. §. 28: Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim nil gerebatur, nisi auspicio prius sumto. Valerius Maximus II. I. 1. S. die Ausleger zu c. 1. C. Theod. de paganis. (XVI. 10.).

22) Liv. V. 46. 52. Festus s. v. publica sacra.

23) Lobeck, de sacris privatis. Regimont. 1829. 2 Progr. 4. Hüllmann a. a. O. S. 21 flg. Hartung a. a. O. I, 231 flg.

24) Festus s. v. municipalia sacra.

25) Diodor. II. 19. Liv. IV. 30. XXV. 1. Cic. de legibus II. 16: Separatim nemo habessit Deos, neve novos: sed ne advenas, nisi publice adscitos privatim colunto u. a. S. Schmidt, Geschichte der Denk- und Glaubensfreiheit im ersten Jahrhunderte der Kaiserherrschaft (Berlin 1847) S. 158 flg.

26) Liv. IV. 30. S. auch überhaupt Rubino, Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte Th. I (Kassel 1839) S. 44 flg.

26a) Vgl. noch überhaupt Tzschirner, der Fall des Heidenthums B. I, (Leipzig 1829) S. 41 flg. Bickell, Geschichte des Kirchenrechtes B. I, Heft II (Frankfurt a. M. 1849) §. 45, S. 3 flg.

27) Ueber diese vgl. Michaelis, Mosaisches Recht Th. I, §. 35, S 135 flg. Jahn, biblische Archäologie Th. II (Wien 1800) B. I, §. 9, 15, 25, 26. B. II, §. 163. Welcker, letzte Gründe von Staat, Recht und Strafe S. 279 flg. Bauer, die Principien der Mosaischen Rechts- und Religionsverfassung, in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift für speculative Philosophie B. II, Heft II, Nr. II, S. 297 flg. Hüllmann, Staatsverfassung der Israeliten, Leipzig 1834, und vorzüglich Saalschütz, das Mosaische Recht B. I (Berlin 1846) Abschn. I, Kap. I. Bickell, Geschichte des Kirchenrechtes I, II, §. 46, 47, S. 13 flg.

28) I. Moses XII, 1 flg.

29) II. Moses XIX flg.

30) S. Saalschütz a. a. O. §. 2.

ist immer zugleich eine Sünde. Gott regiert durch die Organe, welche er selbst einsetzt, wie durch Moses, durch Aaron und dessen Söhne als Priester [31]), durch Josua und die späteren Richter des Volkes [32]), durch die Propheten [33]). Das Gerichtsamt ist auch Gottes [34]) und wird in des Herrn Gegenwart durch die ihn vertretenden Richter verwaltet [35]). Diese Regierung Gottes (*θεοκρατία*) [36]) über sein Volk und über sein Land nahm mit der Einsetzung der Könige [37]) kein Ende, denn die Wahl des Königs erfolgt eigentlich durch Gott [38]), dessen Gesetz wie bisher in Geltung bleibt, so daß der König kein neues Gesetz geben darf [39]). Wie die früheren Beamten, wird auch der König nur ein Stellvertreter Gottes und als solcher, wie ein Priester, gesalbt [40]). So besteht denn also auch im jüdischen Staate eine Einheit des politischen und religiösen Lebens, in welchem jedoch jenes diesem untergeordnet und zu dienen bestimmt war.

Während der Polytheismus eigentlich jede Religion anerkennen darf, die ihn selbst nicht verwirft, kann diesem Indifferentismus das Judenthum nicht huldigen. Der Monotheismus kann den Polytheismus nicht approbiren, ohne mit sich selbst zu verfallen. Die von Gott selbst durch Moses gegebenen Gesetze beginnen mit der Declaration: „Ich bin der Herr, dein Gott, der ich dich aus Egyptenland, aus dem Dienstlande, geführt habe" und knüpfen daran die Satzung: „du sollst keine anderen Götter neben mir haben. Du sollst dir kein Bildniß noch irgend ein Gleichniß (eines natürlichen Gottes) machen. Bete sie nicht an und diene ihnen nicht u. s. w." [41]). Es ist eine der ersten Aufgaben des theokratischen Staates, wenn nicht geradezu die einzige Tendenz desselben, den Glauben an Jehovah aufrecht zu erhalten, denn alle übrigen Zwecke ordnen sich demselben leicht unter, ja folgen aus ihm. Es kann daher auch nicht auffallen, daß das Judenthum selbst bald, nachdem es mit Rom in Verbindung gekommen war, daselbst ein

---

31) II. Moses XXVIII, 1. III. Moses VIII.

32) B. Josua I, 1 flg. Richter I, 1, 2 u. v. a.: die Kinder Israel fragten den Herrn: Wer soll den Krieg führen u. s. w.? Der Herr sprach: Juda soll ihn führen u. s. w.

33) V. Moses XVIII, 15, 18: Ich will ihnen einen Propheten, wie du bist, wecken aus ihren Brüdern, und meine Worte in seinen Mund geben: der soll zu ihnen reden Alles, was ich ihm gebieten werde.

34) V. Moses I, 17. Vgl. II. Chronik XIX, 6.

35) V. Moses XIX, 17.

36) Iosephus contra Apian. II. 16: *ὁ δ' ἡμέτερος νομοθέτης ... θεοκρατίαν ἀπέδειξε τὸ πολίτευμα, θεῷ τὴν ἀρχὴν καὶ τὸ κράτος ἀναθείς.*

37) S. Saalschütz a. a. O. Kap. 7.

38) V. Moses XVII, 15.

39) A. a. O. 17, 18.

40) I. Samuelis IX, 16. X, 1. XVI, 12, 13 u. a. Ueber die Vereinigung der königlichen und priesterlichen Würde selbst s. m. Bickell a. a. O. S. 22.

41) II. Moses XX, 1 flg. Vgl. Saalschütz a. a. O. B. I, Kap. 45, S. 374 flg.

Gegenstand des Hasses und der Verfolgung wurde[42]). In viel höherem Grade mußte dies aber beim Christenthum der Fall sein, da dieses bei weitem entschiedener dem Heidenthum und dem heidnischen Staate gegenüber trat, als dies von Seiten des damals so ohnmächtigen Judenthums geschehen konnte.

Der heidnische Staat läßt die Religion, die jüdische Theokratie läßt das Recht sich nicht in der ihnen gebührenden Freiheit und Eigenthümlichkeit entfalten. In beiden kann darum auch die Sittlichkeit nicht zu der ihr innewohnenden Wirksamkeit gelangen. Sie sank mehr und mehr und die Gebrechen des Staates wurden größer. Da kam die Erlösung. Diejenigen, welche in Christus den verheißenen Messias erkannten, bildeten eine neue Gemeinschaft, welche weder mit der bisherigen jüdischen Gemeinde, noch mit dem heidnischen Staate zusammenfiel. Da nach Gottes Rathschluß die ganze Welt dem Heilande sich ergeben soll, so mußte eine solche Form für die neue Verbindung geschaffen werden, welche die Beschränkung des heidnischen und jüdischen Staates überwinden konnte. Es mußte die Religion befreit werden von den politischen Banden und der Anfänger und Vollender der Religion selbst mußte mit seiner eigenen Person das Centrum der neuen Vereinigung bilden.

Die später nothwendig werdenden Gestaltungen konnten dem Verlaufe der geschichtlichen Entwickelung unter der Leitung des göttlichen Geistes überlassen bleiben.

Der früheren Verheißung gemäß ging die Erlösung aus dem Judenthum hervor. Die wahrhaft frommen Juden, mit Christus verbunden, bildeten nunmehr die Gemeinde Gottes, zu deren Herstellung Israel berufen war. Jetzt erfolgte auch die Erweiterung durch die Ausdehnung auf die Heiden. Das alte Gesetz mußte, um von allen erfüllt zu werden, die nöthige Umwandlung erleiden, der Zwang desselben sich in Freiheit verwandeln. Daher verlor der ceremonielle Theil des Gesetzes den Charakter äußerer Nothwendigkeit, denn nicht was zum Munde eingeht verunreinigt; der sittliche Theil des Gesetzes, bisher unerfüllbar, wurde in der Person Christi selbst eine Wahrheit und in dem Gebote der gliedlichen Vereinigung mit ihm erneuert, der politisch-theokratische Theil des Gesetzes wich der inneren Theokratie des geistigen Gottesreiches. So ist das Gesetz Moses, der Zuchtmeister auf Christus (*παιδαγωγὸς εἰς Χριστόν*), erfüllt durch das Gesetz Christi (*νόμος τοῦ Χριστοῦ*)[43]), das Gesetz der Liebe. Die neue Liebesgemeinschaft, frei von den älteren Schranken des Gesetzes und der Nationalität, sich darstellend in der Vereinigung mit Christus, als dem Leibe des Herrn,

---

42) Schmidt, Geschichte der Denk- und Glaubensfreiheit S. 139 flg. Gans, die Gesetzgebung über die Juden in Rom, in seinen vermischten Schriften B. I, Nr. 13 (Berlin 1834).

43) S. Br. an die Galater III, 24. VI, 2. Ev. Matthäi V, 17.

dessen Haupt er selbst ist und bleibt, auch nachdem er der Erde entrückt worden[44]), ist die ἐκκλησία τοῦ Κυρίου, die Kirche[45]).

Die Gemeinde der Christen, bestehend aus Juden und Heiden, welche sich um des Glaubens willen der früheren staatlichen Verbindung in der mannigfachsten Weise entzogen, mußte bald Aufsehen erregen und die Strafe der Gesetze hervorrufen[46]). Das Princip der Kirche, welches in einen Gegensatz tritt gegen Paganismus und Judaismus, nöthigte die Christen zu einer Abgeschlossenheit, die das Gesetz nicht erlaubte. Sie besuchten nicht die Tempel, opferten nicht den Göttern und nahmen an den Opfermahlzeiten nicht Theil[47]), versagten den Bildnissen des Kaisers die übliche Verehrung[48]), auch den Eid beim Genius desselben[49]), entzogen sich in auffälliger Weise nicht selten den öffentlichen Aemtern und dem Kriegsdienste[50]), stritten nicht vor den heidnischen Richtern[51]), hielten auch geheime nächtliche Versammlungen, denen man grobe Verbrechen andichtete, Gottlosigkeit, Verzehren kleiner Kinder, blutschänderische Verbindungen[52]). Man wendete deshalb die Vorschriften gegen die Hetärien (ἑταιρίαι, sodalitates, collegia sodalitia) auf sie an, welche verboten waren (collegia illicita), sowie gegen die religiones peregrinae[53]), bürdete ihnen das crimen maiestatis auf und unterwarf sie den härtesten Strafen, selbst dem Feuertode[54]). Mit Unterbrechungen dauerte dieses Verhalten des Staates gegen die Christen bis zum Anfange des vierten Jahrhunderts. Durch die Kaiser Galerius und Constantin erfolgte endlich die Reception der Kirche, im Jahre 312 und 313[55]).

Die Anerkennung der Kirche wäre unmöglich gewesen, wenn dieselbe nicht blos vom Staate verschieden, sondern auch als aus Grundsatz Feindin des Staates aufgetreten wäre. Die Kirche konnte so lange mit dem Staate nicht im Bunde stehen, als derselbe noch von dem heidnischen Principe beherrscht wurde. Dieses zu bekämpfen war die

---

44) Vgl. Rothe, die Anfänge der Kirche S. 287 flg., 294.

45) S. Jacobson, kirchenrechtliche Versuche I (Königsberg 1831) Nr. II. Bickell, Geschichte a. a. O. §. 48, 53.

46) S. oben Anm. 11. Verb. Bickell a. a. O. §. 102 flg.

47) S. Apostelgesch. XV, 29.

48) Plinius, epist. X. 97.

49) Origenes, contra Celsum VIII. 65.

50) Origenes l. c. VIII. 73. 75. Tertullian., de corona milit. c. 11.

51) I. Br. an die Corinther VI, 1. Verb. Ev. Matth. XVIII, 5.

52) Ἀθεότητα, Θυέστεια δεῖπνα, Οἰδιποδείους μίξεις, Athenagoras legatio pro Christianis c. 3. Vgl. Plinius, ep. X. 97.

53) S. oben Anm. 25, 26. Verb. L. 1. pr. D. quod cuiuscunque universit. nom. (3. 4.) (Gaius c. a. 160). L. 1. 3. §. 1. D. de collegiis et corporibus illicitis (47. 22.). (Marcian. c. a. 212.). Paulus, Rec. sent. V. 21. 2. († 230) u. a. m.

54) Schmidt a. a. O. S. 163 flg. Bickell a. a. O.

55) Lactantius de mortibus persecutorum c. 34. (Eusebius, hist. eccl. VIII. 17.). Cap. 48. (Eusebius X. 5.).

eigentliche Aufgabe der Kirche. Der Sieg der Wahrheit bestand nun vorläufig darin, daß das Christenthum eine Stelle neben dem Heidenthum erhielt. Es widerspricht indessen dem Wesen des Christenthums, als der Wahrheit selbst, andere Religionen als gleichberechtigt anzuerkennen. Es will dieselben überwinden, aber nur durch die Macht der Ueberzeugung, mithin nicht durch äußere Gewalt. Allein nur zu leicht konnte dieser Grundsatz verletzt werden, sowohl von Seiten der Kirche, als von Seiten des Staates. Die Kirche hatte in der Zeit der Verfolgungen sich bereits fester organisirt und in ihren äußeren Einrichtungen jüdische und heidnische Elemente aufgenommen, so daß sie in gewisser Weise einen neuen theokratischen Staat bildete. Der heidnische Staat aber behielt auch nach der Reception der Kirche noch immer paganistische Bestandtheile, die zwar mit dem wachsenden Einflusse des Christenthums mehr und mehr zurücktraten, aber keineswegs gänzlich eliminirt wurden[56]). So erfolgte denn alsbald ein Kampf zuerst gegen das Judenthum[57]), dann auch gegen das Heidenthum[58]), dem zuerst die Herrschaft genommen, dann die Duldung versagt wurde und dessen Mitglieder zum Eintritt in die Kirche genöthigt wurden. Indem Staat und Kirche so gemeinschaftlich mit und für einander wirkten, kam es zu einer Verschmelzung, welche nach Umständen ein Vorherrschen bald jenes, bald dieser veranlaßte. Es erfolgte jedoch keineswegs eine principielle Bestimmung und Begrenzung, die man in gelegentlichen Aeußerungen Constantin's selbst mit Unrecht bereits finden zu können vermeint hat. Aus dem Berichte des Eusebius, Constantin habe in seiner Fürsorge für die Kirche Synoden berufen, wie ein von Gott bestellter allgemeiner Bischof (*οἱά τις κοινὸς ἐπίσκοπος ἐκ Θεοῦ καθεστάμενος*)[59]), zusammengehalten mit der Thatsache, daß der Kaiser den hergebrachten Titel des Pontifex Maximus führte[60]), kann durchaus nicht gefolgert werden, daß er selbst als wirkliches Oberhaupt der Kirche betrachtet

---

56) Charakteristisch sind die Münzen Constantin's, auf welchen das bisher herrschende Heidenthum durch den Sonnengott bezeichnet und zugleich das neue siegreiche Christenthum durch das Zeichen des Kreuzes ausgedrückt wurde (Siehe Piper, Mythologie und Symbolik der christlichen Kunst (Weimar 1847) I, 1, 99. Vgl. überhaupt E. v. Lasaulx, der Untergang des Hellenismus und die Einziehung seiner Tempelgüter durch die christlichen Kaiser, München 1854.

57) S. Cod. Theod. de Iudaeis XVI. 8. Cod. Iustin. eod. I. 9. S. oben Anm. 42.

58) S. Cod. Theod. de paganis, sacrificiis et templis XVI. 10. Cod. Iustin. eod. I. 11. nebst Iacobus Gothofredus zu dem cit. Titel und Ritter Tom. VI. P. I. pag. 274. sq. Vgl. Manso, Leben Constantin's des Großen, Breslau 1817. Gieseler, Kirchengeschichte B. I, §. 55, 73. Jac. Burckhardt, die Zeit Constantin's des Großen, Basel 1853.

59) De vita Constantini lib. I. c. 44. verb. c. 42.

60) S. Anm. 19. Ueber Constantin Zosimus, historia II. 129. Die Kaiser führten den Titel bis auf Gratian († 383), der ihn einige Jahre noch beibehielt und dann förmlich ablegte. (Zosimus, hist. IV. 36 und Gieseler oben cit.)

worden sei. Ebensowenig folgt aus der Erzählung, der Kaiser habe bei einem Gastmahle die Geistlichen Bischöfe in der Kirche, sich selbst Bischof außer der Kirche genannt (ὑμεῖς μὲν τῶν εἴσω τῆς ἐκκλησίας, ἐγὼ δὲ τῶν ἐκτὸς ἀπὸ Θεοῦ καθεστάμενος ἐπίσκοπος ἂν εἴην)[61], die Grundlage der späteren Unterscheidung des Regimentes der Kirche in ihren eigenen Angelegenheiten (ius in sacra) und des staatlichen Oberhoheitsrechtes über die Kirche (iura circa sacra). So zu scheiden verstand man damals nicht und die Einwirkung Constantin's auf die Kirche selbst zeigt vielmehr, daß er sich nicht darauf beschränkt habe, etwa nur gewisse Aufsichtsrechte über die Kirche zu üben, Streitigkeiten innerhalb derselben zu schlichten oder schlichten zu lassen[62], sondern daß er sogar persönlich über das Dogma entschied, wie über die Trinität. Unter den Nachfolgern Constantin's wuchs im Orient die Vermischung des Kirchlichen und Politischen. Es erklärte wiederholentlich der Kaiser, daß die Religion den Vorzug im Staatsleben einnehme und sie dieser ihre Hauptsorge zu widmen hätten, wie Constantius im J. 361: scientes, magis religionibus, quam officiis et labore corporis vel sudore nostram rempublicam contineri[63], Honorius und Theodosius im J. 410: Inter Imperii nostri maximas curas Catholicae legis reverentia aut prima semper aut sola est. Neque enim aliud aut belli laboribus agimus, aut pacis consiliis ordinamus, nisi ut veri Dei cultum orbis nostri plebs devota custodiat[64] u. v. a.; allein dieselben Kaiser betrachteten die Religion zugleich als eine Angelegenheit, über welche sie selbst zu verfügen hatten, und waren bemüht, ihre persönlichen Ansichten der Kirche aufzudrängen[65]. Marcian erklärte auf dem Concil zu Chalcedon 451: Nos ad fidem confirmandam, non ad potentiam ostendendam exemplo religiosissimi principis Constantini synodo interesse voluimus, ut inventa veritate non ultra multitudo pravis doctrinis attracta discordet; desgleichen: Quaedam capitula sunt, quae ad honorem vestrae reverentiae vobis servavimus, decorum esse iudicantes, a vobis haec regulariter potius firmari per synodum, quam nostra lege sanciri[66]. Dagegen erließ aber auch das Concil selbst einen Kanon, welcher in

---

61) Eusebius l. c. IV. 24. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle, in der man das τῶν εἴσω und ἐκτός bald auf Personen, bald auf Objecte bezieht, s. m. Heinichen im Excursus IV. in seiner Ausgabe der vita Const. Lipsiae 1830. Gieseler, Kirchengeschichte B. I, §. 90, N. s.

62) M. s. z. B. wegen der Donatistischen Streitigkeiten die Berufung einer Synode nach Rom 313 (Eusebius, hist. eccl. X. 5.), nach Arles 314 u. a.

63) C. 16. Cod. Theod. de episcopis (XVI. 2.), aufgenommen in c. 23. Can. XXIII. qu. VIII.

64) Collatio Carthaginensis cognitio I. n. 4. III. n. 29. Vgl. Cod. Theod. ed. Ritter Tom. VI. P. I. pag. 336. Vgl. Planck, Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung I, 256 flg., wo andere solche Aussprüche mitgetheilt sind.

65) Beispiele bei Riffel a. a. O. Buch III, Gieseler a. a. O. u. v. a.

66) C. 2. 3. dist. XCVI.

gewisser Weise das Kirchliche dem Politischen unterordnete, daß nämlich bei einer durch den Kaiser getroffenen Erneuerung einer Stadt die kirchliche Ordnung derselben der bürgerlichen Eintheilung folgen solle (*εἰ δὲ καί τις ἐκ βασιλικῆς ἐξουσίας ἐκαινίσθη πόλις ἢ καὶ αὖθις καινισθείη, τοῖς πολιτικοῖς καὶ δημοσίοις τύποις καὶ τῶν ἐκκλησιαστικῶν παροικιῶν ἡ τάξις ἀκολουθείτω*)[67]. Diese Bestimmung, welche zunächst nur die äußere Circumscription betrifft, ist nach und nach in der Kirche des Orients auch auf die inneren Angelegenheiten in stets wachsendem Umfange ausgedehnt worden. Zwar ist den späteren Kaisern der Unterschied des Privaten und Oeffentlichen, zu welchem Letzteren das Kirchliche gehört, vollkommen klar: Ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio sit[68]); zwar wird die Kirche (sacerdotium) und der Staat (imperium) als gesondert betrachtet, deren einträchtiges Wirken als nöthig anerkannt: Cum nec multum differant ab alterutro s a c e r d o t i u m et i m p e r i u m et res sacrae a communibus et publicis: quando omnis sanctissimis ecclesiis abundantia et status ex imperialibus munificentiis perpetuo praebeatur[69]). Maxima quidem in hominibus sunt dona Dei a superna collata clementia s a c e r d o t i u m et i m p e r i u m, et illud quidem divinis ministrans, hoc autem humanis praesidens ac diligentiam exhibens, ex uno eodemque principio utraque procedentia, humanam exornant vitam. Ideoque nihil sic erit studiosum imperatoribus sicut sacerdotum honestas, quum utique et pro illis semper Deo supplicent. Nam si hoc quidem inculpabile sit undique et apud Deum fiducia plenum, imperium autem recte et competenter exornet traditam sibi rempublicam, erit consonantia quaedam bona, omne quicquid utile humano conferens generi. Nos igitur maximam habemus sollicitudinem circa veri Dei dogmata et circa sacerdotum honestatem. Bene autem universa geruntur et competenter, si rei principium fiat decens et amabile Deo. Hoc autem futurum esse credimus, si sacrarum regularum observatio custodiatur ...[70]). Zwar wird auch sonst die Befolgung der kirchlichen Gesetze eingeschärft und ihnen eine gleiche Autorität wie den bürgerlichen beigelegt: Sacros canones non minus, quam leges, valere etiam nostrae volunt leges: sancimus obtinere in illis et quae sacris visa sunt canonibus, perinde ac si civilibus inscriptum esset legibus ...[71]); allein von einer Selbstständigkeit

---

67) Conc. Chalcedon. c. 17. (Beveregius Synodicon I. 133). G r a t i a n hat diesen Kanon aufgenommen in c. I. Can. qu. III., aber die oben mitgetheilten Schlußworte fortgelassen. R i f f e l, welcher a. a. O. S. 371 flg. sehr ausführlich die Verhandlungen zu Chalcedon darstellt, übergeht ebenfalls diesen nicht unwichtigen Punkt mit Stillschweigen.

68) C. 23. C. de sacror. ecclesiis (I. 2.) Iustinian. a. 528.

69) Nov. VII. c. 2. Iustinian.

70) Nov. VI. Praef. Iustinian. a. 535.

71) C. 45. C. de episcopis (I. 3.) a. 530. Vgl. Nov. LXXIX. c. 1. LXXXIII. c. 1. u. a.

71a) Vgl. z. B. Nov. V. CXXIII. u. v. a.

der Kirche ist hierbei fast keine Spur mehr vorhanden. Der Kaiser legt den kirchlichen Satzungen einen so großen Werth bei, da er damit nur seine eigenen Entscheidungen ehrt. Nicht blos über alle Theile der kirchlichen Verfassung erließ er ausführliche Vorschriften[71a]), sondern auch in die Lehre griff er auf's gewaltsamste ein. Er formulirte selbst dogmatische Bestimmungen[72]) und ließ sie dann von der Kirche publiciren[73]). Geistliche, welche sich seinen Ansichten nicht fügten, wurden abgesetzt. Es geschah dies wiederholentlich und zuletzt noch mit Eutychius, den die Soldaten vom Altar wegrissen, der Kaiser durch eine Synode für abgesetzt erklären ließ und in die Verbannung schickte, weil er sich nicht dazu entschließen konnte, die vom Kaiser durch ein Edict declarirte Ansicht der Aphthardokiten, daß der Leib Christi von Natur unverweslich sei, zu der seinigen zu machen[74]). Nur selten ließ sich im Orient selbst eine kirchliche Stimme für die Unabhängigkeit des Glaubens vernehmen[75]) und die vom Occidente ausgehenden Mahnungen[76]) fruchteten nicht viel. So versank die Kirche des Orients, da ihre geistlichen Häupter sich gewissenlos der Willkür der Kaiser fügten. Derselbe Patriarch Johannes, welcher nach dem Willen des Bardanes 711 die Lehre von Einem Willen in Christo (Monotheletismus) bekannte und zur Anerkennung brachte, entschloß sich unter Anastasius II., welcher der entgegengesetzten Ansicht huldigte, diese zu vertheidigen. Sehr ernstliche Vorhaltungen machte noch Pabst Nicolaus dem Kaiser Michael 865[77]); damit änderte sich aber nicht die Praxis, nach welcher die kaiserlichen Satzungen für die kirchlichen maßgebend blieben[78]). Balsamon († c. 1200) spricht zum c. 17. Chalcedon. aus: Wenn es dem Kaiser erlaubt ist, das was er will über die Grenzen der Regionen für die von ihm erneuten Städte anzuordnen, so kann er noch vielmehr Bisthümern die Ehre der Metropolen verleihen, die Beförderung derer, welche ihnen vorgesetzt werden sollen, bestimmen und

---

72) C. 5. sq. C. de summa trinitate. I. 1. u. a.

73) Riffel a. a. O. S. 443, 444. Die Bischöfe erkannte er dem Grundsatze nach als diejenigen, welche über den Glauben zu bestimmen haben; aber was diese einzeln oder in einer Versammlung berathen sollten, darüber hatte er schon durch ein Gesetz entschieden, zu dessen Aufrechthaltung er kein Mittel scheute.

74) Evagrius hist. IV. 38. Riffel a. a. O. S. 478 flg.

75) Beispiele bei Gieseler a. a. O. B. I, §. 89, N. f.

76) Duo sunt, imperator auguste, quibus principaliter mundus regitur: auctoritas sacra Pontificum et regalis potestas. In quibus tanto gravius pondus est sacerdotum, quanto etiam pro ipsis regibus hominum in divino sunt reddituri rationem, schreibt z. B. Gelasius an Anastasius (Mansi, Coll. Conciliorum VIII. 31. Vgl. C. 10. dist. XCVI.). C. 12. dist. XCVI. (Gelasius ad Episcopos orientales a. 494.) C. 15. eod. (Gelasius ad Episcopos Dardaniae a. 495).

77) C. 4—8. dist. XCVI.

78) M. s. die Commentatoren zum c. 17. Conc. Chalced., c. 38. Trullan. u. a. (Beveregius, Synodicon I. 133. sq. 201).

Sonstiges nach der ihm innewohnenden Macht befehlen. Zwar erklärt Balsamon sonst, daß im Falle eines Widerspruches die kirchlichen Gesetze den Vorzug vor den weltlichen haben müßten. Indessen ist diese Ansicht keineswegs eine allgemeine geworden, zumal da der Kaiser als Haupt der Kirche und Inhaber der bischöflichen Rechte, mit Ausnahme derer, welche auf Vollziehung der sacra gehen, anerkannt wurde [78a]).

Während die Kirche des Orients durch die Cäsareopapie in die vorchristliche heidnische Richtung zurückgesetzt wurde, kam es mit der Zeit im Occidente zu dem jüdisch-theokratischen Typus durch die Subjection des Staates unter die Kirche. An einer Vermischung des kirchlichen und bürgerlichen Lebens konnte es natürlich auch im weströmischen Reiche nicht fehlen, denn theils mußten die Kaiser sich den Beruf, der Kirche zu dienen, beilegen, wie dies z. B. Maximus dem Bischofe von Rom Siricius im J. 385 erklärt: Id nobis animi et voluntatis esse profitemur, ut fides catholica, procul omni dissensione submota, concordantibus universis sacerdotibus et unanimiter Deo servientibus, illaesa et inviolabilis perseveret ... [79]), theils veranlaßte die Kirche ein Eingreifen des Staates, indem sie zur Vollziehung eigener Wünsche die Anwendung des weltlichen Armes in Anspruch nahm [80]). Uebergriffen, die allerdings dabei vorkamen, begegnete die Kirche mit großer Entschiedenheit, indem sie auf den verschiedenen Wirkungskreis des Staates selbst hinwies. So äußert Ambrosius von Mailand in der Rede gegen Auxentius unter anderen: Allegatur, imperatori licere omnia, ipsius esse universa. Respondeo: Noli de gravare, imperator, ut putes, te in ea, quae divina sunt, imperiale aliquod ius habere; noli te extollere, sed, si vis diutius imperare, esto Deo subditus. Scriptum est: Quae Dei Deo; quae caesaris caesari. Ad imperatorem palatia pertinent, ad sacerdotem ecclesiae. Publicorum tibi moenium ius commissum est, non sacrorum ... Tributum caesaris est, non negatur. Ecclesia Dei est. Caesari utique non debet adiici, quia ius caesaris esse non potest templum Dei ... Imperatur bonus intra ecclesiam est, non supra ecclesiam etc. [81]). Aehnlichen Aussprüchen begegnet man seitdem öfter [82]), ohne daß jedoch die Praxis dadurch überall klar und rein geworden wäre. Förderlich wurde indessen der Kirche die allmälige Lockerung und Auflösung des abendländischen Reiches, indem die Verbindung mit den Germanen, wenngleich anfangs nicht ohne bedeutende Verluste, bald reichen Ersatz bot und eine neue günstigere Zukunft begründete. Durch das Wachsthum des römischen Primats erhielt die Kirche eine Stütze,

78a) Man vgl. deshalb Biener, Geschichte der Novellen Justinian's (Berlin 1824) S. 161 flg.

79) Epistolarum Rom. Pontificum etc. T. I. (ed. Schoenemann Goetting. 1796) pag. 420.

80) S. Can. XXIII. qu. V.

81) C. 21. §. 4. 6. Can. XXIII. qu. VIII. a. 386.

82) Vgl. Planck a. a. O. S. 272 flg. Riffel a. a. O. S. 308 flg.

welche ihr endlich den Sieg über den Staat verschaffte. Von geringerer Bedeutung, als man anzunehmen pflegt[83]), ist aber die Erklärung der unter Symmachus im Jahre 502 gehaltenen römischen Synode über die Nichtigkeit der Forderungen Odoacher's: Licet — nec apud nos incertum habetur, hanc ipsam scripturam (Odoacris) nullius esse momenti, verumtamen — conveniebat et in irritum deduci, ne in exemplum remaneret praesumendi quibuslibet laicis, quamvis religiosis, vel potentibus, in quacunque civitate quolibet modo aliquid decernere de ecclesiasticis facultatibus, quarum solis sacerdotibus disponendi indiscusse a Deo cura commissa docetur. — Non placuit, laicum statuendi in ecclesia praeter Papam Romanum habere aliquam potestatem, cui obsequendi manet necessitas, non auctoritas imperandi[84]). Die Synode hat nämlich erst neun Jahre nach Odoacher's Tode dies ausgesprochen. Dabei ist auch zugleich auf das Verhältniß des arianischen Königs Theodorich zur katholischen Kirche Rücksicht zu nehmen[85]). Die von diesem geübte Aufsicht über die Kirche blieb durch jene Entscheidung völlig unberührt; auch hinderte dieselbe nicht seinen Enkel Athalrich, seinen Einfluß bei Besetzung des römischen Stuhles geltend zu machen, beim Erlasse von Verordnungen gegen Simonie, Uebertretung der Ehegesetze u. s. w.[86]).

Für das Verhältniß des Staates und der Kirche in Teutschland während der nächsten Jahrhunderte ist die Einführung des Christenthums im fränkischen Reiche und die darauf folgende Verbindung Roms mit demselben entscheidend geworden. Bis zur Bekehrung Chlodovich's unterlag alles Kirchenthum den schwersten Drangsalen von Seiten der Franken[87]). Seitdem folgte eine um so größere Pflege, je vortheilhafter dem Könige die Christianisirung des Volkes wurde. Der Gehorsam gegen die königliche Herrschaft erhielt eine Stütze durch die Berufung auf die Stellen der heilgen Schrift über die Obrigkeit[88]) und durch die Wirksamkeit des Klerus für dieselbe[89]). Als das römische Reich zerfiel, wurden die Geistlichen nicht selten in den schwierigsten Lagen die Retter des Volkes und gelangten dadurch zu einer Achtung und zu einem Einflusse auch auf das bürgerliche Leben, welche unter den Neubekehrten eher zu- als abnahm, da die bisher den heidnischen Priestern bewilligten Privilegien auf die Kleriker übergingen[89a]). Die Handhabung der Gerichtsbarkeit erfolgte nicht ohne ihre Mitwirkung,

83) S. z. B. Richter, Kirchenrecht §. 21 a. E.
84) S. c. 1. dist. XCVI. C. 23. 24. Can. XVI. qu. VII.
85) Manso, Geschichte des ostgothischen Reiches in Italien (Breslau 1824) S. 141 flg., 254.
86) Cassiodor. variarum lib. IX. cap. 15. 18. Manso a. a. O. S. 405 flg.
87) Roth, Geschichte des Beneficialwesens (Erlangen 1850) S. 65 flg.
88) Waitz, teutsche Verfassungsgeschichte B. II (Kiel 1847) S. 143.
89) Löbell, Gregor von Tours und seine Zeit (Leipzig 1839) S. 323. Waitz a. a. O. S. 355 flg.
89a) Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 274, 275, 751, 752.

ebenso die Einsetzung der Grafen, wenn ihnen nicht geradezu die Verwaltung des Grafenamtes überlassen wurde [90]). Dadurch und weil der König ihres Rathes bedurfte oder durch sie seine Wünsche durchzusetzen suchen mußte, gelangten sie zur Theilnahme an der gesammten Staatsverwaltung. Auf den von ihnen gehaltenen Synoden wurden neben den kirchlichen auch die politischen Angelegenheiten berathen. Ihr Einfluß wuchs durch die bedeutenden Reichthümer, zu denen die Kirche bald gelangt war [91]), so daß am Ende des siebenten Jahrhunderts ein Dritttheil alles Grundeigenthums derselben gehörte. In allen diesen Umständen lag aber auch zugleich der Anlaß zur Abhängigkeit der Kirche vom Staate. Je mehr sie ein Reich dieser Welt wurde, desto mehr waren die Mächte derselben darauf bedacht, sie sich unterthänig zu machen. Den Königen gelang es schon zeitig, ihr Recht der Bestätigung der Bischöfe [92]) in ein Nominationsrecht zu verwandeln [93]), welches sie nicht selten mit Willkür, Simonie, ohne Rücksicht auf die Tauglichkeit der Personen zum Verderben der Kirche ausübten [94]). Waren schon die Geistlichen dadurch zu einer gewissen Obedienz gegen den König verpflichtet, so wurde dieselbe noch größer, indem sie an den königlichen Hof gezogen und zu Aemtern daselbst verwendet wurden [95]). Die Synoden der Geistlichen kamen auch zeitig in eine ganz abhängige Lage. Der König berief sie oder genehmigte wenigstens ihr Zusammentreten, ja untersagte sogar die Abhaltung ohne seinen Consens und bestätigte ihre Schlüsse [96]). Da außer den kirchlichen auch politische Sachen zur Verhandlung gebracht wurden, wohnte der König mit weltlichen Großen der Synode bei und diese wurde dadurch geradezu ein consilium mixtum. Bereits in der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts ist dies üblich [97]). Auch das Gericht wird ein gemeinsames und Staat und Kirche fallen zusammen oder ergänzen sich wenigstens. Convenit ergo, ut iustitiae et aequitatis in omnibus vigore servato, distringat legalis ultio iudicum, quos non corrigit canonica praedicatio sacerdotum [98]). Hieraus erklärt sich zugleich, wie kirchliche und bürgerliche Gesetzgebung auf einander einwirken und die ganze Rechtsordnung dadurch bestimmt wird [99]).

In der Verfassung des fränkischen Reiches unter den Merovingern gestaltet sich das Verhältniß des Staates zur Kirche also, daß jener das

---

90) Waitz a. a. O. S. 347 flg., 353, 464 flg.
91) Roth a. a. O. S. 246 flg.
92) Waitz a. a. O. S. 350, 351.
93) Löbell a. a. O. S. 334 flg.
94) Waitz a. a. O. S. 352. Roth a. a. O. S. 268, 333.
95) Waitz a. a. O. S. 385.
96) Löbell a. a. O. S. 321, 323, 324. Waitz a. a. O. S. 465 flg.
97) Waitz a. a. O. S. 467. S. Anm. 123.
98) Edictum Guntramni a. 585, bei Pertz, Monum. Germaniae Tom. III. Fol. 4.
99) Waitz a. a. O. S. 591 flg.

Uebergewicht hat, daß es selbst nicht an gewaltsamen Uebergriffen in die innersten Heiligthümer fehlt, wie wenn Chilperich nach dem Berichte des Gregor von Tours eine Festsetzung über die Trinität giebt, welche mit der bisherigen Anschauung der Kirche im Widerspruche steht[100]). Aeußere Einrichtungen hingen unbedenklich von der kirchlichen Anordnung ab, wie die Bestimmung der kirchlichen Sprengel, die Errichtung von Bisthümern und Erzbisthümern[101]) u. a. Auch das Kirchengut unterlag der Disposition des Königs; doch ließ man es hierbei an einer gewissen rücksichtsvollen Behandlung im allgemeinen nicht fehlen und gewaltsames Eingreifen kam nur vereinzelt vor[102]). Dies ging auch mehr von Beamten und Privaten aus, gegen welche Bann und Gericht Schutz gewährten[103]). Die Abhängigkeit der Kirche vom Staate nahm indessen im ganzen seit dem Anfange des achten Jahrhunderts immer mehr zu, nämlich unter Karl Martell. „Die Stellung des Bischofs machte er ganz von seinem Verhalten zur weltlichen Gewalt abhängig, ohne Rücksicht auf die kanonischen Satzungen und den seit zwei Jahrhunderten geübten Gebrauch entsetzte er Geistliche ohne Urtheil und Recht, wenigstens ohne Erkenntniß einer Synode, und, was bisher nur mißbräuchlich vorgekommen, die einseitige Besetzung der Pfründen durch die weltliche Gewalt machte er zur Regel, wobei er sich nicht einmal äußerlich an die kanonischen Vorschriften für die Person des Würdenträgers hielt"[104]). Die Kirche wurde dadurch vollständig zerrüttet und in gewisser Weise nur durch ihr Besitzthum zusammen gehalten. Diese äußere Stütze raubten ihr jedoch Pipin und Karlmann durch weitgreifende Secularisationen[105]). Sie ließen den kirchlichen Anstalten nicht mehr, als der nothdürftige Unterhalt erforderte. Diese Maßregeln hatte die Kirche selbst veranlaßt, indem die Bischöfe und Aebte, begünstigt durch die mannigfachsten Privilegien und Immunitäten[106]), bereits geistliche Territorien zu bilden anfingen, deren weitere Entwickelung zu einer Auflösung des Staates hätte führen müssen. Dem war für jetzt abgeholfen, damit aber auch zugleich die dringendste Veranlassung der Kirche selbst gegeben, sich ihrer eigentlichen Aufgabe wieder mehr bewußt zu werden.

An einer gewissen Verbindung der fränkischen Kirche mit dem römischen Stuhle hat es wohl zu keiner Zeit gefehlt, indessen war diese im ganzen eine lose und durch den König selbst vermittelt. Eine engere

---

100) Historia Francorum V. 45.: Per idem tempus Chilpericus rex scripsit indiculum, ut sancta trinitas non in personarum distinctione, sed tantum Deus nominaretur.

101) Beispiele bei Roth a. a. O. S. 316, 319, Anm. 21.

102) Roth a. a. O. S. 317 flg.

103) A. a. O. S. 324.

104) A. a. O. S. 330 flg.

105) A. a. O. S. 335 flg.

106) Waitz a. a. O. S. 571 flg. Verb. Roth a. a. O. S. 350 flg.

Gemeinschaft begründete jedoch Bonifacius[107]) durch Herstellung der mangelnden hierarchischen Ordnung und Wiederaufrichtung kirchlicher Disciplin. Er verfuhr dabei nach römischen Instructionen und mit Anschluß an die älteren Kanons[108]). Durch die päbstliche Anerkennung des Königthums Pipin's[109]), endlich gar die Kaiserkrönung Karls des Großen[110]), wurde eine vollständige Umwandlung des Verhältnisses des Staates zur Kirche begründet. Zwar übte Pipin seitdem noch die hergebrachten Rechte über die Kirche, doch ließ er von den früheren Mißbräuchen ab, und Karl schied bestimmter das kirchliche und weltliche Gebiet, für beide aber die obere Leitung nach wie vor behauptend. Der Gedanke, welcher Karl von Anfang belebte und mit dessen Ausführung er unablässig beschäftigt war, ist die Herstellung eines christlichen Staates, in welchem er selbst im Namen Gottes das Regiment besitzt. Er an der Spitze, alle geistlichen und weltlichen Beamten ihm untergeordnet und in seinem Auftrage an ihrer Stelle vollziehend, was zur allgemeinen Wohlfahrt nothwendig ist. Jedes Mitglied dieses Staates soll christlich glauben und leben. Der Staat soll als Einheit bestehen, Geistliche und Weltliche müssen daher einander unterstützen. Wie er seine eigene Stellung auffaßt, ergeben die Eingangsformeln seiner Gesetze: gratia Dei rex regnique Francorum rector, et devotus sanctae ecclesiae defensor, atque adiutor in omnibus apostolicae sedis. — In nomine Domini nostri Iesu Christi. Carolus, divino nutu coronatus, Romanum regens imperium. — In nomine Patris et Filii et Spiritus sancti. Carolus serenissimus augustus a Deo coronatus magnus pacificus imperator Romanum gubernans imperium, qui et per misericordiam Dei rex Francorum etc. ...[111]), vielmehr aber der Inhalt der einzelnen Erlasse selbst. Besonders bemerkenswerth ist sein Schreiben an Leo III. (vom J. 796), der ihm nach Hadrian's I. Tode den Antritt seiner Regierung und seine Obedienz angezeigt hatte, worin der König sich über sein Verhältniß zur Kirche also ausspricht: Nostrum est, secundum auxilium divinae pietatis, sanctam ubique Christi ecclesiam ab incursu paganorum et ab infidelium devastatione armis defendere, foris et intus catholicae fidei agnitione munire. Vestrum est, sanctissime pater, elevatis ad Deum cum Moyse manibus, nostram adiuvare militiam; quatenus vobis intercedentibus, Deo ductore et tutore, populus christianus super inimicos sui sancti nominis ubique semper

---

107) Rettberg, Kirchengeschichte Teutschlands Bd. I (Göttingen 1846) S. 309 flg.

108) Er bediente sich dabei gewiß des Codex Dionysii, den er auch verbreitet haben mag (Rettberg a. a. O. S. 342, Anm. 12). S. Anm. 118.

109) S. Annales Laurissenses ad a. 749 (Pertz, Monumenta Germaniae Tom. I. Fol. 136).

110) Einhard, Annales ad a. 801 (Pertz l. c. Fol. 189). Vgl. Rettberg a. a. O. S. 430 flg.

111) Pertz, Monumenta cit. Fol. 33. 53. 83. 128.

habeat victoriam et nomen Domini nostri Iesu Christi toto clarificetur in orbe. Vestrae vero auctoritatis prudentia canones ubique sequatur; quatenus totius sanctitatis exempla omnibus evidenter in vestra fulgeant conversatione, et sanctae admonitionis exhortatio audiatur ab ore; quatenus sic luceat lux vestra coram hominibus ut videant opera vestra bona, et glorificent Patrem vestrum qui in coelis est[112]). Dem Bischof von Rom gegenüber erscheint Karl als Oberherr; Rom selbst ist eine kaiserliche Stadt; der Pabst ist erster Metropolit, dessen Wahl und Bestätigung vom Könige abhängt[113]), über den der König zu Gericht sitzt[114]), den der König zu einem guten Wandel und zur Befolgung der Kanones ermahnt, wie die vorhin mitgetheilte Zuschrift an Leo III. und das dem Angilbert, dem Ueberbringer derselben übergebene Commonitorium zeigt: Admoneas eum diligenter de omni honestate vitae suae et praecipue de sanctorum observatione canonum, de pia sanctae Dei ecclesiae gubernatione ...[115]). Dem Könige gebührt die letzte Entscheidung, er ist die höchste Instanz. So entscheidet das Capitulare Francofurtense von 794[116]): Statutum est a domus rege et sancta synodo, ut episcopi iustitias faciant in suas parrochias. Si non oboedierit aliqua persona episcopo suo de abbatibus ... et caeteris clericis, vel etiam aliis in eius parrochia, veniant ad metropolitanum suum et ille diiudicet causam cum suffraganeis suis. Comites quoque nostri veniant ad iudicium episcoporum. Et si aliquid est quod episcopus metropolitanus non possit corrigere vel pacificare, tunc tandem veniant accusatores cum accusatis cum litteris metropolitano, ut sciamus veritatem rei. Wie der höchste Richter ist er auch zugleich der höchste Gesetzgeber. Die Synoden erkennen ihn als den von Gott der Kirche gegebenen Regierer an (gratias agimus Deo, qui s. ecclesiae suae tam pium ac devotum in servitio Dei concessit habere rectorem, qui suis temporibus sacrae sapientiae fontem aperiens, oves Christi indesinenter sanctis reficit alimentis ac divinis instruit disciplinis), theilen ihm ihre Beschlüsse zur Bestätigung und Emendation mit: De his omnibus valde indigemus vestro adiutorio, atque sana doctrina, quae et nos iugiter admoneat, atque clementer erudiat, quatenus ea, quae paucis subter perstrinximus capitulis, a vestra auctoritate firmentur, si tamen vestra pietas ita dignum esse iudicaverit: et quidquid in eis emendatione dignum reperitur, vestra ... imperialis dignitas iubeat emendare[117]). Höchstpersönlich

---

112) Baluzius, Capitularia I. 271. sq. Walter, Corpus iuris Germanici II. 124.

113) Es wird dieses Recht später auf den Beschluß einer römischen Synode zurückgeführt. C. 22. 23. dist. LXIII.

114) Vgl. c. 41. can. II. qu. VII. (s. Gieseler, Kirchengeschichte II, 1, §. 5 a. E., §. 6, N. f).

115) S. Citat Anm. 112.

116) C. 6., Pertz, Monumenta III. 72.

117) Concilium Mogantinum a. 813. Praefatio. (Hartzheim, Concilia

und unter Zuziehung der geistlichen wie weltlichen Räthe bestimmte Karl nicht blos über die Disciplin des gesammten Klerus[118]), über die wissenschaftliche und kirchliche Erziehung und Ausbildung desselben[119]), sondern auch über Angelegenheiten des Cultus[120]) und über die Lehre[121]), hierbei jedoch in maßvoller Beschränkung. Als Beschützer der Kirche traf er diejenigen Anordnungen, welche das einträchtige Wirken der Bischöfe, Aebte, Sendgrafen und Grafen möglich machten[122]). Ungeachtet dieser Einheit von Staat und Kirche wußte er aber doch die Grenzen beider Gebiete im ganzen richtig festzuhalten und war bemüht, die Selbstständigkeit derselben herbeizuführen, zu welchem Behufe er insbesondre die bis dahin übliche gemeinsame Behandlung der geistlichen

---

Germaniae Tom. I. Fol. 406.) u. v. a., namentlich die in demselben Jahre auf Anlaß des Kaisers gehaltenen Synoden zu Arles, Rheims, Tours und Chalons.

118) Die Capitularien sind voll von Bestimmungen über Leben und Wandel der Geistlichen, gegen den Gebrauch der Waffen, Kriegsgewande, Verletzung des decorum, der Zucht und Ordnung u. s. w. S. cap. 769. sq. (Pertz l. c. III. 33. sq.). Dabei wird die Befolgung der älteren Kanons und Decretalen ernstlich eingeschärft. M. s. z. B. c. 55. sq. Capit. ecclesiast. a. 789. (Pertz l. c. 62.): Ut nulli sacerdotum liceat ignorare sanctorum canonum instituta (vgl. c. 4. dist. XXXVIII.). C. 10. Cap. Aquisgran. a. 802. (Pertz l. c. 92). Siehe oben Anm. 115 u. v. a. Auch führte Karl selbst den ihm von Hadrian geschenkten Codex Dionysii ein. Vgl. Rudolph, comm. de codice canonum, quem Hadrianus I. Carolo M. dono dedit. Erlang. 1777. (s. oben Anm. 108).

119) Es genüge der Hinweis auf die Encyclica de litteris colendis a. 787., das Capit. ecclesiast. a. 789. c. 71. (Pertz l. c. 52. 65.). Capit. in Theodonis villa a. 805. c. 2—4. (l. c. 131.), auf das Cap. Aquisgran. a. 811. (l. c. 166. sq.) mit wissenschaftlichen Aufgaben für die Geistlichen (s. Rettberg a. a. O. I, 438).

120) M. s. die Encyclica de emendatione librorum et officiorum ecclesiasticorum a. 782. (Pertz l. c. 44. 45). Capit. ecclesiast. a. 789. c. 69. (l. c. 64). Encyclica de ieiuniis generalibus a. 810. (l. c. 164. 165). Excerpta canonum a. 813. c. 14. (l. c. 190): de officio praedicationis, ut iuxta quod intellegere vulgus possit, assiduae fiat, entnommen aus den 813 vom Kaiser angeordneten Synoden (Anm. 117). Moguntin. c. 25. Arelat. c. 10. Rhemens. c. 14. 15. Turon. c. 4. 17. Cabillon. c. 2.

121) So bei der Lehre über den Ausgang des heiligen Geistes vom Sohne, beim adoptianischen Streite u. a. S. Gieseler a. a. O. II, 1, §. 13 a. E. §. 14.

122) S. Edictum pro episcopis a. 800. (Pertz l. c. 81): ... Si quis — neglegens apparuerit et inportunus episcopis nostris de his quae ad ministerium illorum pertinere noscuntur ... sciat se procul dubio, nisi se cito correxerit, in conspectu nostro exinde dicere rationem. — Cap. Mantuanum a. 781. c. 6. (Pertz l. c. 41): Ut quando episcopus per sua parrochia circata fecerit, comite vel sculdaz adiutorium preveat, qualeter ministerium suum pleniter perficere valeat secundum canonicam institutionem. Cap. ecclesiasticum a. 789. c. 61. Cap. Aquisgran. a. 811. c. 4. (Pertz l. c. 64. 166). Excerpta canonum a. 813. c. 9. 10. (Pertz l. c. 189): Ut pax sit et concordia inter episcopos et comites, et reliquos clericos et laicos. — Ut comites et iudices, seu reliquos populos, oboedientes sint episcopo, et invicem consentiant ad iustitias faciendas u. a. m.

und weltlichen Sachen auf den gemischten Synoden abstellte und zwei Curien bildete[123]).

Die Idee, welche Karl der Große so klar erfaßt und so vollkommen ausgeführt hatte, wie kein Regent vor ihm, wünschte der Kaiser natürlich auch fernerhin festgehalten und immer weiter entwickelt zu wissen. Deshalb empfahl er bei der im Jahre 806 entworfenen Theilung des Reiches seinen Söhnen auf's dringendste, die von ihm befolgten Grundsätze nicht aufzugeben, vor allem der Kirche die größte Sorgfalt zu widmen[124]). Ganz im Geiste des Vaters spricht sich auch Ludwig der Fromme in dem Capitulare ad episcopos et omnem populum im Jahre 825 aus[125]): Quoniam complacuit divinae providentiae nostram mediocritatem ad hoc constituere, ut sanctae suae ecclesiae et regni huius curam gereremus ... optamus, ut tria specialiter capitula ... in huius regni administratione specialiter conserventur, id est, ut defensio et exaltatio vel honor sanctae Dei ecclesiae et servorum illius congruus maneat, et pax et iustitia in omni generalitate populi nostri conservetur. ... Sed quamquam summa huius ministerii in nostra persona consistere videatur, tamen et divina auctoritate et humana ordinatione ita per partes divisum esse cognoscitur, ut unusquisque vestrum in suo loco et ordine partem nostri ministerii habere cognoscatur. Unde apparet, quod ego omnium vestrum admonitor esse debeo, et omnes vos nostri adiutores esse debetis. Nec enim ignoramus, quid unicuique vestrum in sibi commissa portione conveniat. Mit dem Bewußtsein, daß er das Haupt in Kirche und Staat sei, wendet er sich an die Einzelnen, wie an die Gesammtheit, an die Bischöfe, wie an die Grafen, daß sie als Verwalter des kaiserlichen Ministeriums ihre Stellen ausfüllen mögen, um seine wahrhaften Gehilfen zu sein (ut nobis veri adiutores in administratione ministerii nobis commissi existatis). Um dies zu können, sollen sie einander kräftigst unterstützen (Episcopi vel comites ad invicem et cum ceteris fidelibus concorditer vivant, et ad sua ministeria peragenda vicissim sibi adiutorium ferant). Alle sollen seinen Abgeordneten gehorsam sein, um der ihm gebührenden Ehre und Autorität willen. Jeder beharrlich Unfolgsame soll ihm zum endlichen Verfahren angezeigt werden. Das Verhältniß der Kirche zum Staate bleibt hiernach principiell unverändert, ebenso die Stellung des römischen Bischofs zum Kaiser, als seinem Landesherrn[126]). Ebenso bleibt es auch in der nächstfolgenden Zeit. Allein die Unfähigkeit Ludwigs, wie der Vater zu regieren, und die inneren Zerwürfnisse mit seinen Söhnen führten eine Umwandlung der bisherigen Zustände herbei. Die Kirche,

---

123) Cap. Aquisgran. a. 811. c. 1. (Pertz l. c. 166). Hincmar de ordine palatii c. 35. (vgl. oben Anm. 97).

124) Divisio imperii, besonders c. 15. (Pertz l. c. 142). Verb. Epistola ad Pippinum regem Italiae (l. c. 150).

125) Pertz l. c. 243. sq.

126) S. die Constitutio Romana von 824 bei Pertz l. c. 240. sq.

seit Bonifacius und Karl's des Großen Eifer gesammelt und gekräftigt, in Einheit mit dem römischen Stuhle zu stets wachsendem Einflusse gelangt, konnte nunmehr sich der Autorität des zerrütteten Staates in mannigfacher Weise entziehen und endlich ihn selbst sich unterwerfen.

Sogar in der Zeit, in welcher unbezweifelt die Christenheit und Rom dem Oberhaupte des fränkischen Staates unterworfen waren, hatte die Ansicht von dem Vorrange der Kirche vor dem Staate und dem römischen Bischofe, als dem Vertreter jener, vor dem Kaiser und Könige ihre bedeutenden Vertheidiger. Einer der gelehrtesten Männer der Zeit und Karl selbst sehr nahe stehend scheute sich nicht, diese seine Meinung dem Könige vorzutragen. Alcuin schreibt an Karl, indem er freilich zugleich ihm den höchstpersönlichen Vorzug zugesteht: Tres personae in mundo huiusque altissimae fuerunt: Apostolica sublimitas, quae Beati Petri, principis Apostolorum, sedem vicario munere regere solet ... Alia est Imperialis dignitas et secundae Romae secularis potentia. Tertia est Regalis dignitas, in qua Vos Domini nostri Iesu Christi dispensatio rectorem populi christiani disposuit, ceteris praefatis dignitatibus potentia excellentiorem, sapientia clariorem, regni dignitate sublimiorem. Ecce in te solo tota salus Ecclesiarum inclinata recumbit[127]). Alcuin vertheidigt den Satz, daß der Bischof von Rom, das caput ecclesiarum Christi, dem Gerichte keines Menschen unterworfen sei, während er selbst zum Urtheilen den Beruf habe: sedem Apostolicam iudiciariam esse, non iudicandam[128]). Daß unter Karl's schwachen Nachfolgern diese Ansicht allgemeinere Zustimmung fand, wird deshalb umsoweniger befremden können, als man eines festen Einheitspunktes bedurfte und, da man diesen nicht mehr im Staate besaß, man sich an die römische Autorität anklammerte.

Die damalige Auffassung ersehen wir aus den im Jahre 829 auf Betrieb des Kaisers in den vier Theilen des Reiches gehaltenen Synoden[129]), aus deren Beschlüssen die Bischöfe einen Bericht bildeten, welchen sie dem Kaiser übergaben. Darin heißt es: Quod universalis sancta Dei ecclesia unum corpus eiusque caput Christus sit —. Quod eiusdem ecclesiae corpus in duabus principaliter dividatur eximiis personis. Principaliter itaque totius sanctae Dei ecclesiae corpus in duas eximias personas, in sacerdotalem videlicet et regalem, sicut a sanctis patribus traditum accepimus, divisum esse novimus. Dann wird Bezug genommen auf die Aeußerung des Gelasius an Anastasius (siehe oben Anm. 76) und Fulgentius: Quantum pertinet ad huius temporis vitam, in ecclesia nemo pontifice potior et in seculo christiano nemo imperatore altior invenitur. — Cum haec quippe ita se habeant,

---

127) Alcuini epist. LXXX. a. 799.

128) Epist. XCII.

129) Constitutio a. 828. (Pertz l. c. 327). Verb. Hartzheim, Concilia Germaniae II. 52. sq.

primum de sacerdotali, post de regali persona dicendum statuimus[130]). Diese Sätze fanden allgemeine Verbreitung und wurden seitdem oft wiederholt[131]), auch namentlich von Benedict in der Sammlung der Capitularien[132]).

Zwar blieb es vorläufig noch bei der bisherigen Praxis und der Abhängigkeit der Kirche vom Kaiser, indessen wirkte die öfters in Anspruch genommene Vermittelung der Bischöfe, daß diese eher Gelegenheit fanden, über den König Gericht zu halten, als vor ihm zu Recht zu stehen[132a]). Die Bestimmung, Geistliche sollten bei kirchlichen Richtern belangt werden, schloß die Entscheidung des Königs nicht aus[133]). Jetzt wurde die Möglichkeit gegeben, an die Stelle des Königs einen anderen höchsten Richter zu setzen, und der Ausspruch Pseudo-Isidor's, daß es keinen weltlichen Richter über Bischöfe gebe, konnte so eine volle Wahrheit werden[134]); denn es konnten die Bischöfe in ein Vicariatsverhältniß zum römischen Stuhle kommen[135]) und der Nothwendigkeit nachgebend, sich diesem Joche fügen, wie sie selbst zu Tribur im Jahre 895 erklärten: In memoriam B. Petri Apostoli honoremus Sanctam Romanam et Apostolicam sedem, ut quae nobis sacerdotalis mater est dignitatis, esse debeat magistra ecclesiasticae rationis. Quare servanda est cum mansuetudine humilitas, ut licet vix ferendum ab illa sancta sede imponatur iugum, conferamus et pia devotione toleremus[136]). Zu einer vollständigen Herrschaft des Pabstes über die ganze katholische Kirche kam es jedoch während des neunten und zehnten Jahrhunderts noch keineswegs und noch weniger zu einer Unterwerfung des Staates; denn wenngleich die Bischöfe von Rom nicht blos gegen den Klerus, sondern auch gegen Könige als Uebertreter der Kirchengesetze einschritten[137]), so fanden die Könige selbst wieder Anlaß, gegen ihre Bischöfe und gegen den Pabst als Uebertreter der bürgerlichen Ordnung

---

130) S. Rescriptum consultationis n. 2. 3. (Pertz l. c. 333). Verb. Concil. Parisiense VI. a. 829. c. 3.

131) M. s. z. B. das Concil zu Aachen 836 in der Praefatio, bei Hartzheim l. c. II. 75. 76.

132) Lib. V. cap. 319.

132a) S. Gieseler a. a. O. II, 1, §. 9, N. i.

133) Vgl. z. B. Capit. a. 794. c. 9. (Pertz l. c. 73). So erklärt auch Hincmar von Rheims: Non abhorret a ratione, si quis non accuset Episcopum ad publicos iudices, quod non licet, sed reclamet ad regem. (Quaterniones Carolo Regi apud Pistas oblati. Hincmari, Opera II. 316). (Planck a. a. O. III, 439.)

134) S. den Art. Geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 589.

135) C. 12. Can. II. qu. VI. (Vigilii epist. II. 7. Pseudo-Isidoriana.) Vgl. c. 8. Can. III. qu. VI. (Leo I. a. 446). C. 11. Can. II. qu. VI. (Gregor IV. a. 832 ?).

136) Conc. Tribur. c. 30. (Hartzheim l. c. II. 400).

137) So Nicolaus I. gegen Lothar II. (vgl. Planck a. a. O. III, 35 flg. Gieseler a. a. O. II, 1, §. 21.

ihr Recht geltend zu machen[138]). Von beiden Seiten wurde deshalb auch die Unabhängigkeit in ihrer Sphäre behauptet, diese jedoch allerdings hin und wieder auf das andere Gebiet ausgedehnt. Hincmar von Rheims († 881) erklärt in seiner Schrift de potestate regia et pontificia: Christus suos volens medicinali humilitate servari, non humana superbia rursus depravari, ut militans Deo minime se negotiis secularibus implicaret, ac vicissim non ille rebus divinis praeesse videretur, qui esset negotiis secularibus implicatus. Gegen Pabst Hadrian läßt er die Aeußerung laut werden: Petite dominum Apostolicum, ut, quia Rex et Episcopus simul esse non potest, et sui antecessores ecclesiasticum ordinem, quod suum est, ut non rempublicam, quod regum est, disposuerunt ...[139]). Aehnlich sprachen sich auch Synoden aus, wie die zu Trosley 909 (Metropolitansprengel von Rheims): Pontificalem sic exserimus auctoritatem, ut non obliviscamur, regiam a Deo constitutam esse sublimitatem. Sicut enim regalis potestas sacerdotali religioni se devote submittit: sit et sacerdotalis auctoritas cum omni pietatis officio se regali dignitati subdere debet, sicut ostendit Gelasius: Duo sunt etc. (s. Anm. 76). Ergo quia et rex pro aeterna vita indiget pontificibus, recta sancta et iusta suadentibus; et vicissim a pontificibus obediendum est regi, pietatis cultui religione, iure et solatio servienti[140]).

Seit dem Ende des neunten Jahrhunderts hing eigentlich Alles von den Persönlichkeiten ab. Das Pabstthum sank unter der Leitung unwürdiger Bischöfe und der Obergewalt der römischen Factionen. In Teutschland hatte Arnulf wieder kräftiger die Zügel der Regierung in Staat und Kirche ergriffen. Auf der Synode zu Tribur 895 erklärt er als Vorsitzender: tractans practice de statu regni et theorice de ordine et stabilitate ecclesiarum Christi ... Nos, quibus regni cura et sollicitudo ecclesiarum Christi commissa est, aliter regnum et imperium iure ecclesiastico regere et gubernare non possumus, nisi hos, qui ecclesiam Christi ... conturbant, zelo fidei persequamur[141]). Nach ihm vermochte erst Otto I. eine größere Auctorität des Staates der Kirche gegenüber zu entfalten. Er knüpfte auf's neue das Band mit Italien, welches über ein halbes Jahrhundert gelöst war, vereinigte wieder die Kaiserwürde mit der teutschen Königskrone[142]) und machte

---

138) So Karl der Kahle gegen Hadrian (Gieseler a. a. O. II, 1, §. 21, N. x. y.

139) Gieseler a. a. O. §. 21, N. s.

140) Synodus Troslei. a. 909. (Mansi, collectio Conciliorum XVIII. 267). Vgl. Synod. Ticinensis a. 876. (Pertz, Monum. III. 529. sq., bes. c. 12.). Synode zu St. Macra a. 881 (Planck a. a. O. III, 475).

141) Pertz, Monum. III. 560. 561.

142) Die Echtheit der Urkunden, welche darüber in c. 23. u. 33. dist. LXIII. mitgetheilt sind, ist mit Recht bezweifelt worden. (Gieseler a. a. O. §. 22, N. m. Dönniges, Otto I., in Ranke's Jahrbücher des teutschen Reiches unter dem sächsischen Hause I, 3, 203.)

den Pabst, wie die Bischöfe von sich abhängig. Nicht minder griffen seine Nachfolger mit Entschiedenheit durch, indem sie Päbste wie Bischöfe ein- und absetzten, letzteren auch wohl einen Coadjutor bestellten [143]). Synoden, welche die Geistlichen schon ohne, ja wider den Willen des Königs zu halten versucht hatten [144]), wurden wieder subjicirt. Ueberhaupt entstand für den Klerus durch die königliche Verleihung der Regalien und den bei derselben zu leistenden Lehenseid auf's neue eine größere Abhängigkeit.

Demungeachtet wurde der Gedanke, daß von den beiden Autoritäten auf Erden der Kirche und ihren Vertretern die erste Stelle gebühre, doch nicht aufgegeben, auch durch die Berufung auf die vom Pabste erfolgende Kaiserkrönung unterstützt. Die Kaiser selbst unterließen es auch nicht, nach Möglichkeit der Kirche Vorschub zu thun. Otto III. erklärte alles Recht, das den Vortheil der Kirche beeinträchtige, für nichtig: Omne ius, sive lex, sive quodlibet scriptum, vel quaelibet consuetudo, si contra ecclesiae utilitatem fuerint, in irritum deducenda sunt [145]). Heinrich II. sprach aus, daß dem kirchlichen Banne die bürgerliche Acht folgen müsse und kein Verfolger der Kirche in seinem Palaste willkommen sein werde: Mox eum insequetur stylus proscriptionis, quem mater et magistra nostra ecclesia vulneravit gladio maledictionis. — Sed neque honorabitur in palatio, qui ecclesiam palatii matrem non erubuit impugnare [146]). Um der Herrschaft der Kirche über den Staat einen symbolischen Ausdruck zu geben, überreichte Benedict VIII. Heinrich dem Zweiten im Jahre 1014 einen die Erde bezeichnenden goldenen Apfel, mit Asche gefüllt, und auf ihm das Kreuz [147]).

Bis um die Mitte des eilften Jahrhunderts übten die Kaiser ungehemmt ihre alten und neuen Rechte über die Kirche. Seitdem trat ein Wendepunkt ein zu Gunsten der Kirche. Das ohnmächtige Pabstthum hatte seit der Einwirkung Hildebrand's sich nach und nach gesammelt, durch die Uebertragung der Pabstwahl auf das Cardinalcollegium 1059 sich der weltlichen Macht gegenüber freier gestellt [148]), zugleich aber auch den gesammten Klerus dem Supremate des apostolischen Stuhles unterworfen. Inzwischen hatten die Prälaten in Teutschland geistliche Territorien gebildet, und mit ihrem weltlichen Einflusse das kirchliche Ansehen stützend, größere Freiheit erlangt. Heinrich III. († 1056) war beiden noch gewachsen, wußte auch in

---

143) S. z. B. von Otto II. (Planck a. a. O. III, 467).

144) So die Synoden zu Trosley 909 (s. Anm. 140), 927 u. a. (Planck a. a. O. III, 420 flg.).

145) Const. Ticinensis a. 998 (Pertz l. c. IV. 37.).

146) Leges Papienses a. 1022. c. 7. (Pertz l. c. IV. 561.)

147) S. Glaber Radulphus, historiae sui temp. I. 5.

148) C. 1. dist. XXIII. (vgl. Voigt, Hildebrand, als Pabst Gregor VII. (Weimar 1815) S. 47 flg. Stenzel, Geschichte Teutschlands unter den fränkischen Kaisern (Leipzig 1827) I, 198 flg.

kirchlichen Dingen sich selbst zu beschränken, so daß es ihn nicht verletzte, als ihm Bischof Wazo von Lüttich erklärte: dem Pabste sind wir Gehorsam, die Treue schuldig. Dir müssen wir in weltlichen, dem Pabste in geistlichen Dingen Rechenschaft geben[149]). Viel schwieriger wurde aber die Lage Heinrich's IV., welcher den Kampf gegen die Hierarchie in Teutschland und Italien und zugleich gegen die eigenen geistlichen und weltlichen Reichsstände zu bestehen hatte.

Kein Pabst hatte so vollkommen den Plan der Hierarchie entwickelt und auszuführen unternommen, als Gregor VII. Um zu der begehrten Unabhängigkeit der Kirche zu gelangen, mußte der Einfluß des Kaisers auf die Besetzung des päbstlichen Stuhles vernichtet werden, nicht minder die Besetzung der Bisthümer durch den Kaiser und andere Fürsten aufhören. Zugleich mußte aber auch der gesammte Klerus von aller weltlichen Gewalt befreit werden, was nicht erfolgreicher geschehen konnte, als wenn möglichst die Familienbande, welche an die Welt knüpften, gelöst wurden. Non liberari potest ecclesia a servitute laicorum, nisi liberentur clerici ab uxoribus[150]). Die Unabhängigkeit der Kirche ist erforderlich, um die ihr aufgetragene Verbesserung der Welt herbeiführen zu können. Es muß deshalb der Staat der Herrschaft der Kirche untergeordnet sich ihrem Dienste widmen, folglich die Regierung des Staates durch die Kirche bestimmt werden. Da aber die Kirche nach der Einsetzung des Herrn durch seinen Stellvertreter auf Erden, den Nachfolger des Apostels Petrus, das Centrum der Einheit, den Bischof von Rom geleitet werden soll, so ist der Pabst das Oberhaupt der ganzen Christenheit. In ihm vereinigt sich die Fülle aller Machtvollkommenheit. Sowie er im geistlichen Gebiete der Kirche, als des Reiches Gottes auf Erden, Bischöfe und den gesammten Klerus bestellt, so setzt er im weltlichen Gebiete Kaiser und Könige ein. Die vom Staate in der Sphäre des Geistlichen geübten Rechte sind nur lehenweise übertragen und die Kirche hat nach ihrem Vortheile zu ermessen, ob und wie lange der Staat in ihrem Besitze bleiben dürfe. Aber auch bei der Verwaltung derjenigen Objecte, welche an sich weltlicher Natur sind, kann die Kirche dem Staate engere Grenzen ziehen, sobald sie es dem Heile des Gottesreiches ersprießlicher findet, daß sie selbst solche Administration übernehme. Dem Staate geziemt Gehorsam gegen die Kirche und ihren Anordnungen hat er überall mit seinem weltlichen Arme Gehorsam zu erwirken.

Daß diese Anschauung dem Geiste Gregor's vorgeschwebt, dies erhellt aus der Geschichte seines Lebens, aus seinen Anordnungen, aus seinen eigenen Aeußerungen und aus Urtheilen der Zeitgenossen über ihn[151]). An Hermann Bischof von Metz schreibt er im Jahre

---

149) Stenzel a. a. O. I, 129, 130.
150) Gregorii VII. Epist. III. 7.
151) Details finden sich bei Planck a. a. O. IV, 1 u. 2. Gieseler II, 2, §. 47 flg. Voigt, Stenzel a. a. O.

1076: Ubi Deus B. Petro principaliter dedit potestatem ligandi et solvendi in coelo et in terra (Matth. XVI. 19.), nullum excepit, nihil ab eius potestate abstraxit ... Qui hoc impudenter negat, se a Christo omnino sequestrat. Quod si s. sedes apostolica divinitus sibi collata principali potestate spiritualia decernens diiudicat, cur non et secularia? [152]) Dem Könige Wilhelm von England stellt er 1080 vor, daß Gott wie Sonne und Mond, die apostolica und regia dignitas zur Regierung der Welt geschaffen habe, also: ut cura et dispensatione apostolicae dignitatis post Deum gubernetur regia [153]). Im darauf folgenden Jahre erklärt er gegen Hermann von Metz die Unterordnung des von Weltlichen, Gott nicht Kennenden erfundenen Königthums unter das Priesterthum und setzt hinzu: Quis nesciat, reges et duces ab iis habuisse principium, qui Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis pene sceleribus, mundi principe diabolo videlicet agitante, super pares, scilicet homines, dominari caeca cupiditate et intolerabili praesumtione affectaverunt? — Quis dubitet, sacerdotes Christi regum et principum omniumque fidelium patres et magistros censeri? etc. [154]) In den sogenannten dictatus Hildebrandini [155]), welche ein Ausdruck seiner Ansichten sind, heißt es unter anderen: Quod solus papa possit uti imperialibus insigniis. Qnod solius papae pedes omnes principes deosculentur. Quod illi liceat imperatores deponere etc. Der Plan Gregor's war die Herstellung einer neuen Theokratie, in welcher die sämmtlichen Staaten Europa's als kirchliche Lehen beständen [156]), ein Gedanke, für dessen Verwirklichung sich auch die folgenden Päbste auf's eifrigste bemühten. Die ungünstigen Umstände, in welchen sich der Staat befand sowie die herrschende Stimmung der Zeit für den Vorrang der Kirche machten es möglich, daß seitdem noch weiter greifende Erklärungen von Rom ausgehen konnten. Die Einheit des Reiches wurde wiederholentlich durch zwiespaltige Wahlen gestört und der Pabst übernahm meistens die Entscheidung, nicht selten dazu aufgefordert. Daß seinem Urtheile entsprochen wurde, dazu wirkte gewöhnlich die Autorität des Bannes. Indessen fehlte es doch auch zu keiner Zeit an Mitgliedern der Kirche, wie des Staates, der König und Kaiser obenan, welche die geistlichen Uebergriffe mißbilligten und sich darüber freimüthig aussprachen. So gleich Gregor VII. selbst gegenüber [157]). Gegen seine Anschauung über den sündhaften Ursprung des Staates und die darauf gegründete Unterwerfung desselben unter die Kirche äußert Hugo Floriacensis in seiner Schrift: de regia

152) Gregorii VII Epist. IV. 2.
153) ei. Epist. VII. 25.
154) ei. Epist. VIII. 21. verb. c. 9. 10. dist. XCVI.
155) Hinter Epist. II. 55. vgl. Gieseler a. a. O. II, 2, §. 47, N. d.
156) S. die Zeugnisse bei Gieseler a. a. O. N. h. i. rr. u. a.
157) Vgl. z. B. die Erklärung der zu Worms 1076 versammelten teutschen Bischöfe, bei Pertz l. c. IV. 44. sq.

potestate et sacerdotali dignitate um's Jahr 1120: Putant, quod terreni regni dispositio non a Deo, sed ab hominibus sit ordinata sive disposita. Et ideo sacerdotalem dignitatem maiestati regiae praeferunt, cum ei subesse ordine, non dignitate, debeat. Nachdem er dann die obigen Worte des Pabstes (Anm. 154) angeführt hat, sagt er: Quorum sententia quam sit frivola, liquet apostolico documento, quod ait: Non est potestas nisi a Deo etc. Rom. XIII. 1. [158]).

Friedrich I. hatte im Jahre 1152 in devotester Weise seine Wahl dem Pabste Eugenius III. angezeigt und die dem ersten Könige der Christenheit, dem Inhaber des dominium mundi gebührenden Pflichten zu erfüllen verheißen. Er sagt darüber: Nos in multiplicibus regiae dignitatis ornamentis, quibus partim per laicorum principum obsequia, partim per venerandas pontificum benedictiones vestiti sumus, regium animum induimus, tota mentis virtute intendentes, ut iuxta professionis nostrae formulam, quam ab orthodoxis praesulibus in ipso regni throno et unctione sacra accepimus, honorem vobis et dilectionem, et sacrosanctae matris nostrae Romanae ecclesiae et omnibus ecclesiasticis personis promtam et debitam iustitiam ac defensionem exhibeamus, viduis ac pupillis, et universo populo nobis commisso, legem et pacem faciamus et conservemus. Cum enim duo sint, quibus principaliter hic mundus regitur, videlicet auctoritas sacra pontificum, et regalis potestas, omnium Christi sacerdotum obedientiae devoti colla submittere parati sumus, ut propitia divinitate, temporibus nostri principatus, verbum Dei expedite currere non prohibeatur, et paternas regulas ac decreta sanctissimis diffinita conciliis nullus audeat absque poenae gravioris vindicta violare, ... vobis tanquam patri carissimo constanter promittimus, quod sicut, ... regi ... successimus, ita hereditariam dilectionem tam ad vestram personam omnino specialem, quam ad sacrosanctae matris Romanae ecclesiae promtissimam ac devotissimam defensionem suscepimus etc. etc. [159]). Der Pabst erklärte seine Zustimmung, verhieß auch seine Unterstützung: Nos siquidem ad honoris et exaltationis tuae augmentum, pro debito commissi nobis officii, superna cooperante gratia, attentius intendimus laborare und ermahnte den König, seiner Verheißung ernstlich nachzukommen. Die Kaiserkrone erhielt Friedrich erst 1155 von Hadrian IV., welcher mit Bezugnahme auf die Krönung sich solcher Ausdrücke bediente, als ob der Kaiser seine Herrschaft dem Pabste allein verdanke. Die teutschen Bischöfe sprachen sich darüber mißbilligend gegen Hadrian aus und der Kaiser selbst erklärte sodann, daß er die Grenzen der Kirche achte, das Ueberschreiten derselben aber nicht zulassen werde. Die Kaiserkrönung des Pabstes erkenne er an, die Krone verdanke er indessen Gott: Liberam Imperii nostri coronam divino tantum beneficio adscribimus —. Quicunque nos impe-

158) Baluzius, Miscellan. IV. 9. (Gieseler a. a. O. §. 54, N. b.)
159) Pertz l. c. IV. 90.

rialem coronam pro beneficio a domino Papa suscepisse dixerit, divinae institutioni et doctrinae Petri contrarius est et mendacii reus erit[160]). Die Conflicte dauerten unter Hadrian's Nachfolger, Alexander III., fort und endeten 1177 zum Nachtheile des Kaisers[161]), der sich selbst großer äußerer Demüthigung unterziehen mußte[162]).

Noch mehr als seine Vorgänger war Innocenz III. für die Vollendung der hierarchischen Theokratie und für die systematische Entwickelung der ihr entsprechenden Grundsätze thätig[163]). Der Staat ist auch ihm nur ein Erzeugniß irdischer Gewalt, die Kirche göttlicher Anordnung: Utrumque tam regnum quam sacerdotium institutum fuit in regno Dei, sed sacerdotium per ordinationem divinam, regnum autem per extorsionem humanam. Der Staat ist der irdische Körper, die Kirche die belebende Seele. Quanto dignior est anima corpore, tanto dignius est etiam sacerdotium quam sit regnum[164]). Non negamus, quin praecellat imperator in temporalibus illos duntaxat, qui ab eo suscipiunt temporalia. Sed pontifex in spiritualibus antecellit, quae tanto sunt temporalibus digniora, quanto anima praefertur corpori[165]). Der Staat ist der Mond, welcher ohne das Licht der Sonne, die Kirche, ein dunkler Körper sein würde. Praeterea nosse debueras, quod fecit Deus duo magna luminaria in firmamento coeli; luminare maius, ut praeesset diei, et luminare minus, ut praeesset nocti; utrumque magnum, sed alterutrum maius (quia nomine coeli designatur ecclesia ..., per diem vero spiritualis accipitur, et per noctem carnalis ...). Ad firmamentum igitur coeli, hoc est universalis ecclesiae, fecit Deus duo magna luminaria, id est, duas (magnas) instituit dignitates, quae sunt pontificalis auctoritas, et regalis potestas. Sed illa, quae praeest diebus, id est spiritualibus, maior est; quae vero (noctibus, id est) carnalibus, minor, ut quanta est inter solem et lunam, tanta inter pontifices et reges diffe-

---

160) S. Radevicus, de gestis Friderici I. lib. I. c. XXVI. (Muratori, scriptores rerum Ital. VI. 749. sq. 755. Pertz l. c. IV. 105.). Vgl. noch Gieseler a. a. O. §. 52.

161) Vgl. die Urkunden bei Pertz l. c. IV. 147. sq.

162) Die späteren Schilderungen sind übertrieben, indessen deutet doch der Pabst selbst auf die Zeichen der Unterwürfigkeit hin in einem Schreiben vom 26. Juli 1177 (Pertz l. c. 153. 154.): Imperator ... venit Venetiam ad praesentiam nostram, et nobis sicut summo pontifici reverentiam et subiectionem impendit, et recepto pacis osculo, nos in ecclesiam ... usque ad altare humiliter et devote dextravit etc. Darauf bezieht sich auch der Eingang des Sachsenspiegels: „Dem Pavese is ok gesat to ridene to besccdener tiet up eneme blanken perde und de kaiser sal ime den stegerip halden, dur dat de sadel nicht ne winde". S. unten Anm. 180, 181.

163) M. s. vorzüglich Hurter, Geschichte Innocenz III, Hamb. 1834 flg. Abel, König Philipp der Hohenstaufe, Berlin 1852, besonders S. 71 flg.

164) Registrum de negotiis imperii cp. XVIII. Responsio Papae facta nuntiis Philippi in consistorio.

165) C. 6. §. 2. X. de maioritate et obedientia (I. 33.) (Innocentius Constantinopolitano Imperatori a. 1200).

rentia cognoscatur [166]. ... Porro sicut luna lumen suum a sole sortitur, quae re vera minor est illo quantitate simul et qualitate, situ pariter et effectu, sic regalis potestas ab auctoritate pontificali suae sortitur dignitatis splendorem [167]. Der Pabst, der Vertreter Gottes auf Erden (veri Dei vicem gerens in terris, successor ipsius vicarii Iesu Christi [168]), entscheidet zwiespältige Kaiserwahlen, da ihm principaliter et finaliter dies zusteht, principaliter, quia apostolica sedes transtulit imperium ab oriente in occidentem; finaliter, quia ipsa concedit coronam imperii [169]. Indem er des Kaisers Wirksamkeit in weltlichen Dingen überwacht, da ihm die Herrschaft über die Welt zusteht: Dominus Petro non solum universam ecclesiam, sed totum reliquit seculum gubernandum [170], ist er umsomehr berechtigt wie verpflichtet, kaiserliche Bestimmungen zu vernichten, welche die Kirche beeinträchtigen (non solum spirituali, sed etiam temporali auctoritate damnamus etc.) [171]. Ja, da überhaupt Entscheidungen in kirchlichen Angelegenheiten, welche von Fürsten ausgehen, nicht gelten [172], so sind auch die zum Vortheile der Kirche erlassenen Anordnungen von Laien ohne Autorität, bis sie von der Kirche bestätigt sind: Nos attendentes, quod laicis etiam religiosis super ecclesiis et personis ecclesiasticis nulla sit attributa potestas, quos obsequendi manet necessitas, non autoritas imperandi, a quibus, si quid motu proprio statutum fuerit, quod ecclesiarum respiciat etiam commodum et favorem, nullius firmitatis existit, nisi ab ecclesia fuerit approbatum [173].

Im Geiste Gregor's III. und Innocenz III. wirkte auch Gregor IX. [174], Innocenz IV.: veri Dei in his terris vicem gerens et universae reipublicae praesidens [175], vor Allen endlich Bonifaz VIII. Staat und Kirche erscheinen, wie schon früher [176], vornämlich unter dem Bilde zweier Schwerter (Ev. Lucä XXII, 38). In dem Streite über das Verhältniß dieser beiden Schwerter spiegelt sich der Kampf zwischen Staat und

---

166) C. 6. §. 4. cit. (I. 33.)

167) Epistol. lib. I. ep. 401. ad Acerbum.

168) Epistol. lib. I. ep. 326. 335. u. a.

169) S. die Anm. 164 cit. Stelle.

170) Epist. lib. II. ep. 209. verb. c. 5. X. de concessione praebendae (III. 8.) a. 1199.

171) Roskovany, monumenta catholica I. 85. 86.

172) Quaecunque a principibus in ordinibus vel ecclesiasticis rebus decreta inveniuntur, nullius auctoritatis esse. Gratian vor dist. XCVI.

173) C. 10. in fin. X. de constit. (I. 2.) a. 1199. Eine ausführliche Motivirung dieses Satzes mit seinen Consequenzen findet sich bei Gonzalez Tellez im Commentar zum c. 7. X. de constit.

174) Vgl. Gieseler a. a. O. §. 55.

175) Urkunde v. 1252 bei Würdtwein, nova subsidia diplomatica IX. 36.

176) Bernhard von Clairvaux († 1153) de considerat. IV. 3.: Uterque ergo ecclesiae, et spiritalis scilicet gladius et materialis; sed is quidem pro ecclesia, ille vero et ab ecclesia exerendus: ille sacerdotis, is militis manu, sed sane ad nutum sacerdotis et iussum Imperatoris.

Kirche selbst ab. Ihre gegenseitige Unterstützung war von beiden Seiten anerkannt. Dem Banne folgt die Acht. So sprachen sich die Verfasser der Rechtsbücher aus[176a]). Et quia gladius materialis constitutus est in subsidium gladii spiritualis, excommunicationem, si excommunicatos in ea ultra sex septimanas perstitisse ... nobis constiterit, nostra proscriptio subsequetur; non revocanda, nisi prius excommunicatio revocetur erklärt Kaiser Friedrich II.[177]). Während aber der Kaiser sein Schwert als ihm von Gott verliehen betrachtete, und das Volk, auch nicht wenige Geistliche dieser Auffassung beipflichteten[178]), ging das Pabstthum von entgegengesetzter Ansicht aus, wie die obige Darstellung ergiebt. Der Verfasser des Sachsenspiegels, den päbstlichen Uebergriffen entgegen tretend[179]), steht auf des Kaisers Seite: „Twei svert lit got in ertrike to bescermene de kristenheit. Deme pavese is gesat dat geistlike, deme keisere det wertlike[180]). Det is de betekniſſe, svat deme pavese widersta, dat he mit geistlikeme rechte nicht gedvingen ne mach, dat it de keiser mit wertlikem rechte dvinge dem pavese gehorsam to wesene. So sal ok de geistlike gewalt helpen deme wertliken rechte, of it is bedarf"[181]). Dazu giebt die Glosse die Erläuterung: „dat ene swert hadde sinte peter, dat het nu de paves; dat andere hadde johannes, dat het nu de keyser". Auch spricht sie die Gleichheit beider in ihrer Sphäre aus: „dat irer islik sine sunderliche ghevalt hebbe, di wile erre islik is, also he van rechte wesen sal" und wiederholt dies an einer anderen Stelle, in welcher ausgesprochen ist, daß der Pabst den Kaiser nur aus drei Gründen bannen darf: wenn er am Glauben zweifelt, sein echtes Weib verläßt oder Gottes Haus zerstört[182]). Dagegen spricht der Verfasser des Schwabenspiegels die päbstliche Ansicht aus: „Sit nv got des vrides furste haizet so liez er zwai swert hie vf ertriche. Do er ze himel fvr zeschirme der cristenhait. Div lech veser herre sante peter beidiv einz von geistlichem gerichte, daz ander von weltlichem gerichte. Daz weltlich swert des gerichtes daz lihet der babest dem chaeiser. Daz geistlich ist dem pabest gesetzet daz er da mite richte"[183]).

176a) Sächsisches Landrecht III, 63, §. 2. Schwäbisches Landrecht §. 106, 138, 160, 246 (ed. Laßberg).

177) Confoederatio cum principibus ecclesiasticis a. 1220. c. VII. (Pertz l. c. IV. 236).

178) M. s. Zeugnisse bei Gieseler a. a. O. §. 55, N. i. y.

179) Vgl. Gieseler a. a. O. N. n. Eichhorn, teutsche Rechtsgeschichte §. 281, N. x. y.

180) Dann folgt die oben Anm. 162 mitgetheilte Stelle.

181) Sächsisches Landrecht I, 1. Vgl. J. Weiske, von dem Verhältnisse des Lehensystems zu dem der Hierarchie, in dessen: Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen Rechtes (Leipzig 1830) Nr. VII, S. 112 flg.

182) A. a. O. III, 57, §. 1.

183) Schwabenspiegel. Landrecht. Vorwort. Eine abweichende Auslegung dieser Stellen der Rechtsbücher s. m. bei Homeyer, in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik 1830 S. 454 und bei Eichhorn, Kirchenrecht I, 187. Teutsche Rechtsgeschichte §. 286.

Einig sind aber beide darin, daß der Unglaube mit dem Feuertode zu bestrafen sei[183a].

Wenn seit der Mitte des eilften Jahrhunderts, ungeachtet der Unbeständigkeit des Glückes und des Zwiespaltes der Meinungen, im ganzen der römische Stuhl das Uebergewicht auf seiner Seite hatte, so folgte seit dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts ein Rückschlag und die Schaale sank zu Gunsten des Kaisers. Die letzten Consequenzen im hierarchischen Systeme zog Bonifaz VIII.[184]). Innocenz III. hatte bereits verordnet, daß wenn der Staat der Geistlichkeit Steuern auferlege, die Bischöfe darüber erst beim römischen Bischofe anfragen sollten[185]). Bonifaz declarirte nun durch die Bulle: Clericis laicos 1296, daß sowohl die Geistlichen, welche Laien eine Steuer versprechen oder zahlen, als Kaiser, Könige und Fürsten, welche eine solche auferlegen oder einziehen, und alle, welche dabei mitwirken, eo ipso excommunicirt sein sollten[186]). Er sah sich aber alsbald genöthigt, durch zwei sog. Interpretationen für Frankreich seine Verordnung, ja selbst die Innocenz' III. aufzuheben[187]). Die Einmischung in die Wahl Albrecht's I. gegen Adolph von Nassau hatte keinen Erfolg und später sah sich Bonifaz sogar veranlaßt, mit Albrecht in ein näheres Verhältniß zu treten, um Hilfe gegen Frankreich zu erlangen, die ihm aber nicht zu Theil wurde[188]). Mit Philipp dem Schönen von Frankreich war 1301 ein neuer Streit entbrannt, welcher den Pabst zu ernsten Mahnungen vermochte. Die dem Könige übergebene Bulle: Ausculta fili wurde sogleich verbrannt[189]), auf eine zweite, wie es scheint, untergeschobene[190]): Deum time, erging eine verhöhnende Antwort: Sciat maxima tua fatuitas, in temporalibus nos alicui non subesse u. s. w. Dann folgte die Bulle: Unam sanctam[191]), in welcher die Einheit der Kirche, durch Unterwerfung beider Schwerter in der Hand des römischen Bischofs, mit Wiederholung der Worte Bernhard's (Anm. 176), jedoch unter Fortlassung der Worte: et iussum Imperatoris, behauptet, die Nothwendigkeit der Beurtheilung

---

183a) Sächsisches Landrecht II, 13, §. 7. Schwäbisches Landrecht §. 313 (ed. Laßberg). S. auch Anm. 176a.

184) Drumann, Geschichte Bonifaz VIII, Königsberg 1852.

185) C. 7. X. de immunitate ecclesiarum (III. 49.) (Conc. Lateran. a. 1215. c. 46.).

186) C. 3. de immunit. eccl. in VI. (III. 23.).

187) Raynald, Annales ad a. 1297. nr. 49. 50.

188) Raynald ad a. 1301. nr. 2. ad a. 1303. nr. 2. sq. (vgl. Gieseler a. a. O. §. 59, N. r u. ee).

189) Drumann a. a. O. II, 19 flg., 28.

190) Drumann a. a. O. S. 24 flg. Vgl. Gieseler a. a. O. N. u u. y a. E., der sich für die Echtheit entscheidet.

191) C. 1. Extrav. comm. de maioritate et obedientia (I. 8.) a. 1302. Vgl. Gieseler a. a. O. N. z. Drumann a. a. O. II, 57 flg. Damit verb. die Bannbulle: Super Petri solio. 1303. (Drumann a. a. O. S. 109 flg.). Siehe unten Anm. 207.

der potestas terrena von der spiritualis, während die letztere allein Gottes Urtheil unterliegt, entwickelt und endlich so geschlossen wird: Quicunque igitur huic potestati a Deo sic ordinatae resistit, Dei ordinationi resistit; nisi duo, sicut Manichaeus, fingat esse principia. — Porro subesse Romano Pontifici, omni humanae creaturae declaramus, dicimus, definimus et pronunciamus omnino esse de necessitate salutis.

Schon das Urtheil der Zeitgenossen[192]) ward ein Gericht über diese Allgewalt des Pabstthums:

> Rom's Kirche fällt, weil sie die Doppelwürde,
> Die Doppelherrschaft jetzt in sich vermengt,
> In Koth, besudelnd sich und ihre Bürde[193]).

Dazu kamen die nachtheiligen Folgen, welche aus der Abhängigkeit des nach Avignon verlegten päbstlichen Stuhles hervorgingen. Frankreich gegenüber wurde die Bulle: Unam sanctam revocirt durch die Bulle: Meruit von Clemens V. 1306[194]), die älteren Grundsätze dagegen über die Abhängigkeit des teutschen Kaiserthums auf's neue ausgesprochen, auch die Behauptung des Vicariats des Reiches während der Vacanz aufgestellt[195]). Dies wiederholte Johann XXII.[196]) und sprach den Bann über Ludwig von Bayern aus, als dieser die Königswürde nicht von ihm, sondern von der Wahl der Kurfürsten herleitete[197]). Die öffentliche Meinung neigte sich immer entschiedener und allgemeiner auf die Seite des Kaisers[198]), und als nun auf's klarste erkannt wurde, daß der Nachfolger Johann's, Benedict XII., von Frankreich verhindert werde, sich mit Ludwig zu versöhnen, erklärten die Kurfürsten am 15. Juli 1338 zu Rense, daß allerdings der römische König seine Würde und Macht Gott und ihrer Wahl verdanke, daß ihm, sobald er gewählt sei, alle Rechte gehören, ihm folglich alle gehorchen müßten,

192) Vgl. Gieseler a. a. O. §. 59, N. ii. Drumann a. a. O. II, 266, 267.

193) Dante († 1321), Fegfeuer XVI, 127 flg. Vgl. Karl Hegel, Dante über Staat und Kirche, Rostock 1842, nebst Göschel's Anzeige und Ausführung in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik 1843, I, Nr. 81—84.

194) C. 2. Extrav. comm. de privilegiis (V. 7.). Vgl. Gieseler a. a. O. II, 3, 3, 4. Drumann a. a. O. II, 58.

195) Vgl. Clem. un. de iureiurando (II. 9.). Clem. 2. de sent. et re iudicata (II. 11.) a. 1311. Schreiben an Robert von Sicilien 1314 bei Raynald ad h. a. n. 2. (Gieseler a. a. O. II, 3, 19.)

196) Extravag. Ioannis XXII. tit. V. ne sede vacante aliquid innovetur. a. 1317.

197) Gieseler a. a. O. S. 22 flg.

198) Vgl. Eichhorn, teutsche Rechtsgeschichte III, §. 393. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. VI a. v. St. Gieseler a. a. O. S. 26 flg., 64, 67 und die bei diesen citirte Literatur. S. die Bulle Johann's XXII. gegen die Ansicht des Marsilius von Padua über das Verhältniß von Staat und Kirche, von 1327, im Bullarium Magnum ed. Luxemburg IX. 167.

daß er der Bestätigung einer anderen Macht nicht bedürfe, weil er im Zeitlichen niemand über sich habe; dann bekräftigten sie für sich und ihre Nachfolger auf's heiligste, von der Aufrechterhaltung dieses Grundsatzes nicht mehr abzulassen [199]); auch machten sie dem Pabste davon Anzeige, mit der Erklärung, daß sie die von Johann ergangenen Sentenzen als Verletzungen der Gerechtigkeit durch ihre Vereinigung aufgehoben hätten [200]). Beiden Schlüssen entsprechend erließ der Kaiser am 8. August 1338 zwei Gesetze [200a]), welche auf dem Reichstage zu Frankfurt im März 1339 bestätigt wurden. Hierbei blieb es nunmehr, so daß selbst 1356 in der goldenen Bulle Karl's IV., des Priesterkaisers (lo'mperadore de' preti, nach Villani's Ausdruck) von dem päbstlichen Reichsvicariate und von der päbstlichen Mitwirkung bei der Wahl und Krönung des Königs nicht weiter die Rede ist. Der Verfall der Kirche seit dem Schisma 1378 hinderte die fernere Geltendmachung der bisher behaupteten Superiorität über den Staat, und umgekehrt hatte die Kirche jetzt dafür zu kämpfen, daß die ihr bis dahin zugestandene Immunität nicht verloren ging. Es folgten jetzt wieder Staatsgesetze, welche die kirchliche Gesetzgebung von der Genehmigung der Obrigkeit abhängig machten [201]), welche die geistliche Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Angelegenheiten suspendirten und auf Spiritualien beschränkten [202]), welche den Erwerb der Kirche den Regeln der Amortisation unterwarfen [203]). Der Wunsch, daß die Kaiser wie vormals wieder an die Spitze der christlichen Welt treten möchten, wird jetzt nicht selten vernommen [204]) und nur vereinzelt finden sich noch Spuren der Ansicht, daß der Pabst über dem Kaiser stehe [205]). Maximilian I. hatte sogar die Absicht, sich zum Coadjutor Julius II. wählen zu lassen und das Pontificat mit der Kaiserwürde zu vereinigen [206]).

---

199) Olenschlager, erläuterte Staatsgeschichte des römischen Kaiserthums in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts (Frankfurt 1755 4.). Urkundenbuch Nr. 67, 68.

200) Olenschlager a. a. O. Nr. 69.

200a) S. Gieseler §. 98, N. l.

201) S. den Art. Placet Bd. VIII, S. 172.

202) S. den Art. Geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV. Vgl. die Bulle Martin's V.: ad reprimendas von 1428, im Bullarium Magnum ed. Luxemb. I. 306. C. 1. de foro competenti in VII. (II. 1.). S. auch Gieseler a. a. O. II, 3, §. 106.

203) S. den Art. Kirchengut Bd. VI, S. 123.

204) Gieseler a. a. O. §. 105, N. c flg.

205) Wie in der Appellation der Stadt Regensburg gegen den Kaiser beim Pabste im Jahre 1490 (Spieß, archivalische Nebenarbeiten und Nachrichten, Halle 1785, B. II, S. 7—13).

206) Siehe das Schreiben des Kaisers an seine Tochter Margarethe von Oesterreich vom 18. September 1512 in Leylay, correspondence de l'empereur Maximilien I. et de Margarethe d'Autriche sa fille (Paris 1839) T. II. p. 37. Vgl. Aschbach, Hatte Kaiser Maximilian die Absicht Pabst zu werden? in Dieringer, kathol. Zeitschrift für Wissenschaft und Kunst (Köln 1845) B. III, S. 271—286.

Dagegen erneuert Leo X. im Jahre 1516 auf dem Laterankoncil die Bulle: Unam sanctam (Anm. 191). Cum de necessitate salutis existat, omnes Christi fideles Romano pontifici subesse, prout divinae scripturae et sanctorum patrum testimonio edocemur, ac constitutione fel. mem. Bonifacii papae VIII. similiter praedecessoris nostri, quae incipit: unam sanctam, declaratur, pro eorundem fidelium animarum salute, ac Romani pontificis et huius sanctae sedis suprema auctoritate, et ecclesiae sponsae suae unitate et potestate, constitutionem ipsam, sacro praesenti concilio approbante, innovamus et approbamus, sine tamen praeiudicio declarationis sanctae memoriae Clementis papae, quae incipit: meruit [207]).

Durch die Verbindung mit dem römischen Stuhle und die römische Kaiserwürde war Teutschland das heilige römische Reich teutscher Nation geworden. Diese Verbindung war zu Zeiten locker geworden, ja fast gelöst, doch wurde der Name stets beibehalten und selbst seit Maximilian I. nicht aufgegeben, obschon derselbe den bis dahin üblichen Titel „gekrönter" in „gewählter römischer Kaiser" veränderte. Das Krönungsrecht wollte Maximilian dem Pabste nicht entziehen, daher wurde er auch, obschon nicht gekrönt, von Julius II. anerkannt, und ebenso die späteren Kaiser, von denen nur Karl V. die päbstliche Krönung nachsuchte und erhielt. Der römische Kaiser als weltliches Oberhaupt hat das dominium mundi [208]) und die advocatia ecclesiae, die Schirmvogtei über die römische und gesammte Kirche [209]), zu welcher auch Karl V. durch die Wahlcapitulation sogleich ausdrücklich sich verpflichten mußte. „Zum ersten, daß Wir in Zeit unserer königlichen Würden, Amt und Regierung, die Christenheit, den Stuhl zu Rom, päbstliche Heiligkeit und christliche Kirche als derselben Advokat in guten treulichen Schutz und Schirm halten sollen und wollen" [210]). Demgemäß verfuhr der Kaiser in der Sache Luther's, welcher mit seinen Anhängern nach dem geltenden Rechte über Ketzerei in die Reichsacht fiel. Die Vollziehung des Wormser Edicts vom 8. Mai 1521, für welche besondere Anordnungen nicht ergangen waren, erfolgte aber ganz nach der persönlichen Stimmung der Reichsstände, und als der Kaiser endlich die Execution forderte, war der Anhang Luther's schon so groß, daß ein Zwang nicht mehr möglich war. Auf dem Reichstage zu Speier 1526 wurde am 27. August der Schluß durchgesetzt, daß bis zum künftigen Concil, von dem man Versöhnung erwartete, in den Sachen, das Wormser Edict betreffend, sich jeder so halten und regieren möge, wie er es vor Gott und dem Kaiser zu verantworten gedenke [211]). Mit dem dadurch erlangten ius reformandi

---

207) C. 1. de conciliis in VII. (III. 7.)

208) Pfeffinger, Vitriarius illustratus (ed. III. Gotha 1712. 4.) I. 375. sq. Eichhorn, teutsche Rechtsgeschichte II, §. 289.

209) Pfeffinger l. c. III. 100. sq. S. Anm. 242.

210) Art. I, §. 1. Vgl. Reichsabschied 1512 §. 4. 1518 §. 1.

211) Neue Sammlung der Reichsabschiede II, 274.

der Obrigkeiten vereinigten sich die Gerechtsame, welche nach den Grundsätzen der Reformatoren den Ständen des Reiches in religiösen Angelegenheiten gebührten, und so bildete sich ein neues Verhältniß des Staates zur Kirche, im Gegensatze gegen das bis dahin herrschende römische System [212]).

Einen nicht geringen Antheil an dem Verderben, welches in Kirche und Staat eingetreten war, hatte die Vermengung beider, um derer Willen auch beide nicht zu ihrem Rechte kommen konnten. Indem die Reformatoren dies wohl erkannten, lag ihnen vor allem daran, eine richtige Auseinandersetzung derselben herbeiführen zu helfen, zu welchem Behufe sie den Begriff des Staates und der Kirche selbst genauer bestimmten. Staat und Kirche sollen weder nach Form, noch nach Inhalt zusammenfallen. Die Kirche ist die Gemeinschaft der Gläubigen im Evangelium und in den Sacramenten, nicht blos eine Anstalt für äußerliche Dinge und Gebräuche, wie andere bürgerliche Verbindungen (Ecclesia non est tantum societas externarum rerum ac rituum, sicut aliae politiae. Sed principaliter est societas fidei et spiritus sancti etc.) [213]). Der Staat ist dagegen nicht blos eine äußerliche, durch Willkür in's Dasein gerufene Institution. Er ist vielmehr göttliche Ordnung und darum mit der Kirche zusammen ein Theil des Reiches Gottes auf Erden. In solchem Sinne erklärt sich Luther vornämlich in seiner Schrift: an den christlichen Adel teutscher Nation von des christlichen Standes Besserung 1520, indem er ausspricht: Weltliche Herrschaft ist ein Mitglied worden des christlichen Körpers [214]). Ebenso erklärt die Augsburgische Confession [215]): Von Polizei und weltlichem Regiment wird gelehrt, daß alle Obrigkeit in der Welt und geordnete Regiment und Gesetze, gute Ordnung von Gott geschaffen und eingesetzt sind u. s. w. Ebenso sagt Zwingli: der weltlich gewalt hat krafft und bevestigung aus der lehr und that Christi [216]), und desgleichen Calvin: Non humana perversitate fieri, ut penes reges et praefectos alios sit in terris rerum omnium arbitrium, sed divina providentia et sancta ordinatione, cui sic visum est res hominum moderari. Quandoquidem illis adest ac etiam praeest ferendis legibus et iudiciorum aequitate exercenda [217]); demgemäß auch die Bekenntnißschriften der Reformirten: Magistratus omnis generis ab ipso Deo est institutus ad generis humani pacem [218]). Diese Annahme zwingt aber die Reformatoren so

212) Vgl. Schenkel, über das ursprüngliche Verhältniß der Kirche zum Staate auf dem Gebiete des evangelischen Protestantismus, in Ullmann und Umbrit theologischen Studien und Kritiken 1850 H. I u. II, S. 203 flg., 453 flg. Köstlin, Luther's Lehre von der Kirche, Tübingen 1853.

213) Augsburg. Conf. Art. VII, VIII. Apologie der Conf. Art. IV.

214) Bei Walch B. X, S. 302 flg., verb. Bd. XIX, 19, 127. 1219 u. a.

215) Art. XVI, verb. Apologie der Conf. Art. VIII.

216) Conclusionen von 1523 Art. 35.

217) Institutiones lib. IV. cap. XX.

218) Im Abschnitte de magistratu, wie Helvetica Conf. II. cap. 30. u. a.

wenig zu der Behauptung, daß Staat und Kirche Ein und dasselbe Institut seien, daß sie vielmehr beharrlich dagegen eifern, dieselben zu vermengen. Luther sagt in der Schrift an den christlichen Adel u. s. w.: dieweilen weltliche Gewalt von Gott geordnet ist, die Bösen zu strafen und die Frommen zu schützen, so soll man ihr Amt lassen frei gehen und unverhindert, durch den ganzen Körper der Christenheit u. s. w. Davon unterscheidet er den christlichen Lehrstand, dem es obliegt „das Wort Gottes und die Sacramente zu handeln". In der Schrift: Von weltlicher Obrigkeit, wieweit man ihr Gehorsam schuldig sei 1523, heißt es: darum hat Gott die zwei Regimente verordnet: das geistliche, welches Christen und fromme Leute macht durch den heiligen Geist unter Christo, und das weltliche, welches den Unchristen und Bösen wehret, daß sie äußerlich müssen Friede halten und still seyn ohne ihren Dank [219]. Luther bedient sich auch des alten Bildes von den beiden Schwertern: das weltliche Schwert soll die bösen Buben mit Furcht des Schwertes treiben und zwingen, die Christen aber soll ein Bischof, ohne Schwert, allein mit dem Worte Gottes regieren [220]. Wir sollen die Kirche regieren mit dem Worte oder mündlichen Schwert und die Ruthe des Mundes führen. Dagegen so hat die weltliche Obrigkeit ein anderes Schwert, als ein Faustschwert oder hölzerne Ruthe, damit der Leib geschlagen wird. Aber des Predigers Ruthe schlägt allein die Gewissen, welche fühlen, was man sage. Darum so müssen zwo Ruthen und Schwerter unterschieden werden, auf daß einer dem anderen nicht in sein Amt falle [221]. Diese Unterscheidung muß aufrecht erhalten werden, um den Rückfall in's Judenthum und Pabstthum zu vermeiden. Beide müssen neben einander regieren und sich ergänzen. „Wo nun weltlich Regiment oder Gesetze allein regieret, da muß eitel Heuchelei sein, wenns auch gleich Gottes selber wären. Denn ohne den heiligen Geist im Herzen wird Niemand recht fromm; er thut, wie seine Werke er mag. Wo aber das geistliche Regiment allein regieret über Land und Leute, da wird der Bosheit der Zaum los, und Raum geben aller Büberei; denn die gemeine Welt kanns nicht annehmen noch verstehen [222]. Bis an sein Ende hat Luther diesen Grundsatz wiederholentlich ausgesprochen, und um so stärker, je mehr eine neue Vermengung einzutreten anfing. „Diese zwei Aemter sind im Anfange von Christo selbst geordnet, und auch die Erfahrung, zumal das Exempel des Pabstthums lehrt, daß wo der Rath oder die Stadt in der Kirche regieren wolle, da könne auch kein

---

219) Bei Walch B. X, S. 425 flg. Schenkel (oben Anm. 212) findet S. 215 flg. in beiden Schriften (1520 u. 1523) ein andere Auffassung, einen Gegensatz, der wohl nicht annehmbar ist.

220) Schreiben an Karl Herzog von Savoyen vom 7. September 1523, bei de Wette, Luther's ungedruckte Briefe u. s. w. B. II, S. 405.

221) Bei Walch B. VII, S. 1741. Verb. Augsb. Confession Art. XXVIII.

222) Bei Walch B. X, S. 436.

Friede sein" [223]). — Distincta volumus officia ecclesiae et aulae ut deserere utrumque ... Satan pergit Satan esse. Sub papa miscuit ecclesiam politiae; sub nostro tempore vult miscere politiam ecclesiae. Sed nos resistemus Deo favente et studebimus pro nostra virili vocationes distinctas servare [224]).

Wenn Luther es verwerflich findet, daß „ein Bischof oder Pfarrherr sein Amt lasse und nehme eines Fürsten oder Richters Amt an — und wiederum ein Fürst nehme eines Bischofs Amt an sich und lasse sein Fürstenamt anstehen; wie denn solche schändliche Unordnung noch heutiges Tages im ganzen Pabstthum tobet und waltet, wider ihre eigenen Kanones und Rechte" [225]), wenn er es billigt, daß Bischöfe, die ihm zufallen, auf die Landesregierung verzichten [226]), so sieht er sich doch durch die Umstände gedrängt, in gewisser Weise den Grundsatz zu Gunsten der Fürsten zu limitiren [227]).

Die Vollziehung des Princips der Reformatoren nöthigte eigentlich zur Bestellung eines besonderen Kirchenregimentes, unterschieden vom Staatsregimente. Lutherischerseits wurde deshalb die Erhaltung des Episcopats gewünscht. Dies hinderten jedoch die Bischöfe selbst durch ihre feindselige Stellung gegen die Reformation. Es entstand daher ein Nothbisthum der Obrigkeit, wie dasselbe Luther in der kursächsischen Instruction für die Visitatoren 1527 dem Kurfürsten Johann zu Sachsen beilegt [228]), Markgraf Albrecht von Preußen 1530 von sich selber aussagt: Coacti sumus, alienum officium, hoc est episcopale in nos sumere [229]) und seitdem die Grundlage der kirchlichen Gesetzgebung und Verwaltung wurde, welche mit der Einrichtung der Consistorien ihren Abschluß erhielt [230]). Die von den Obrigkeiten ausgehenden Kirchenordnungen dieser Zeit sind voll von Bestimmungen, aus welchen die Subjection der Kirche unter den Staat erhellt [231]). Die Folgen der neuen Vermengung konnten darum auch nicht aus-

---

223) Walch X, 294. de Wette a. a. O. B. V, S. 8 von 1536.

224) A. a. O. B. V, S. 596 von 1543.

225) Walch B. XX, S. 2640.

226) Beispiele im Herzogthum Preußen von Georg von Polenz und Erhard von Quais. S. Jacobson, Geschichte der Quellen des preußischen Kirchenrechtes I, 2, 23 und Urkunden-Anhang Nr. I.

227) Schenkel a. a. O. S. 238 flg. S. auch die Anm. 223 cit. Stelle, in der es heißt: „... daß man die zwei Regimente ... nicht in einander menge, wo nicht hohe Noth und Mangel der Personen solches erzwänge".

228) Schenkel a. a. O. S. 227 flg.

229) Jacobson a. a. O. S. 53.

230) Siehe den Artikel Evangelische Kirchenverfassung Bd. IV, S. 76 flg.

231) S. Richter, Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhunderts B. II, S. 513, B. 1., wo die Uebersicht der hierher gehörigen Ordnungen gegeben ist, verb. desselben Geschichte der evang. Kirchenverfassung in Teutschland S. 102. Schenkel a. a. O. S. 242 flg.

bleiben und es wiederholten sich bald Zustände, welche an die vorreformatorische Lage erinnern, von der sie sich nur dadurch unterscheiden, daß, während vorher der Staat auf Geheiß der geistlichen Oberen handelte, nunmehr das Umgekehrte eintrat. Die Pflicht, sich der reinen Lehre anzunehmen, hatten die Reformatoren den Ständen auferlegt, jedoch mit der Bedingung, daß kein Zwang dabei geübt werden sollte: denn in dem Gewissen will Gott allein sein und sein Wort allein regieren lassen ... Zu dem Glauben kann und soll man Niemand zwingen, sondern Jedermann vorhalten das Evangelium, und vermahnen zum Glauben, doch den freien Willen lassen, zu folgen oder nicht zu folgen. Es sollen alle Sacramente frei sein Jedermann. Wer nicht getauft sein will, der laß es anstehen. Wer nicht will das Sacrament empfangen, hat sein wohl Macht. Wer nicht beichten will, hat sein auch Macht vor Gott[232]). Diesem Grundsatze wurde jedoch nicht lange entsprochen, indem die Reformation mit Gewalt eingeführt und der spätere territorialistische Satz: cuius regio eius religio vorbereitet wurde. „Ehe unser Evangelium kam, wußte Niemand von der Obrigkeit, wie sie ein guter Stand wäre, zu predigen; nun sie durchs Evangelium gepreiset und erhöhet ist, will sie auch über Gott und sein Wort sein, und gebieten, was man predigen und gläuben soll u. s. w.“[232a]). Mit dem Augsburger Religionsfrieden wurde das landesherrliche Kirchenregiment also befestigt, daß man sich nur auf die theoretische Untersuchung beschränkte, wie dieses Regiment entstanden und zu deduciren sei. Zwar gedachte man noch des ursprünglichen Princips hin und wieder, aber in einer Weise, aus welcher hervorgeht, wie weit es mit der Vermengung bereits gekommen war. So heißt es in der Pfalz-Zweibrückischen Kirchenordnung von 1557: Es sollen sich die Kirchendiener in der weltlichen Obrigkeit ampt mit nichten eindringen, wie vor dieser zeit ein grosser mißbrauch, der Bischoflichen gericht und des Bans gewesen ist. Dagegen sollen unsere Amptleut und Befelhhabere dise bescheidenheit halten, das sie den Predigern und Kirchendienern (so fern sie sich der h. Göttlichen schrifft, und dieser unserer Kirchenordnung, welche derselben gleichförmig ist, gemeß erzeigen) jr Ampt nit sperren, oder in dasselbig unpillichen eintrag thun, damit Gottseliger unterschied des Geistlichen und Weltlichen regiments, beyderseitz Christlich erhalten werde, und kein Ampt dem andern unnaturliger weiß für greiffe[233]). Wie der „gottselige Unterschied“ damals verstanden wurde, ergiebt die württembergische Kirchenordnung von 1559, welche mit der Zweibrückischen wesentlich aus derselben Quelle, nämlich der württembergischen Kirchenordnung von 1553 geflossen ist. Es heißt nämlich in der

232) S. Luther, Tractat von der Beicht, ob die der Pabst Macht habe zu gebieten 1521, von weltlicher Obrigkeit 1523 u. v. a. (Walch X, 451 flg. 1655, 2232, XIII, 2225 u. a.).

232a) Walch V, 1261.

233) Richter, Kirchenordnungen II, 195.

Vorrede: Wie wir uns dann (ungeacht, das etzlicher vermeinen nach der Weltlichen Oberkeit, allein das Weltlich Regiment zusteen solt) vor Gott schuldig erkennen, und wissend unsers Ampts und Beruffs sein, wie auch das Gott der Allmechtig in seinem gestrengen Urteil von uns erfordern würdet, vor allen Dingen unser Undergebne Landtschafft, mit der reinen Leer, des h. Evangelii, so den rechten Frieden des Gewissens bringt, und die heilsame Waid zum ewigen hail und Leben ist, versagen, und also der Kirchen Christi mit ernst und Eifer annemen, Dann erst und darneben, in zeitlicher Regierung, nutzliche Ordnungen und Regiment, zu zeitlichem Frieden, Ruh, Ainigkeit und Wolfart, welche auch von Gott dem Allmechtigen, umb des vorgehenden willen, geben würdet anzustellen und zuerhalten, wie wir dann das in der h. Schrifft, Altes und newes Testaments, Zeugnuß und Kundtschafft haben, dieselb auch dises vermag und außweißt, zu dem uns darinnen viel Gottseliger Künig und Fürsten Exemple, und Ebenbildt fürgstelt" 234).

In der reformirten Kirche kam es da, wo sich die Obrigkeit für ihr Bekenntniß entschied, zu gleichem Ausgange; ja Zwingli hatte eigentlich dieses Ziel gleich anfangs vor Augen, indem er als die Kirche die Gemeinde mit der Obrigkeit auffaßte und von einem besonderen kirchlichen Regiment abstrahirte: denn „Man sollte aus Grund der Schrifft nicht gestatten, daß die Geistlichen einigerlei Oberkeit haben, die der weltlichen wider ist oder von gemeinem Regiment abgesondert: denn solches bringt Zwietracht" 235). Dagegen wollte Calvin, daß, wie jede Stadt und jedes Dorf nicht ohne eigene Obrigkeit bestehen kann, auch die Kirche Gottes ihre eigenthümliche Regierung habe, verschieden von der bürgerlichen, ihr aber nicht zuwider 236), ohne dies jedoch in dem ursprünglich von ihm beabsichtigten Umfange zur Ausführung bringen zu können, so daß er wenigstens theilweise Modificationen festzustellen genöthigt wurde 237).

Die in der evangelischen Kirche zur Anwendung gelangenden Grundsätze über das Verhältniß der beiden Regimente konnten in der römisch-katholischen Kirche keinen Anklang finden: denn es hätte die römische Kirche geradezu ihr Dogma über die Verfassung ändern und sich damit selbst aufgeben müssen. Indessen ist doch die Reformation nicht ohne einen mehr oder minder großen Einfluß sowohl auf die Ansicht der Kirche selbst als auf deren Verhältniß zum teutschen Reiche geblieben. Die römische Kirche konnte eigentlich nicht mehr den Staat als ein ungöttliches, rein menschliches Institut betrachten. Die zur Widerlegung der Augsburgischen Confession auf dem Reichstage vom

---

234) A. a. O. II, 198. Vgl. auch Schenkel a. a. O. S. 483 flg.
235) Uslegen und Grund der Schlußreden oder Artikel 1523.
236) Institutiones lib. IV. c. 12.
237) Ordonnances ecclesiastiques von 1541 (Richter a. a. O. I, 342 flg.).

Kaiser bestellte Commission der katholischen Theologen erklärte in ihrer sog. Confutatio: Der Artikel 16 von der weltlichen Obrigkeit wird gern angenommen, als der gleichförmig ist nicht allein dem weltlichen, sondern auch dem geistlichen Rechte, dem Evangelium der heiligen Schrift und der ganzen Richtschnur des Glaubens: denn der Apostel gebeut, daß Jederman soll unterthan sein der Obrigkeit u. s. w. Röm. XIII: Darnach ist auch im Catechismus Romanus bei der Erklärung des vierten Gebotes der Obrigkeit gedacht: in quo etiam Dei providentiam veneramur, qui publici muneris procurationem eis attribuit, quibusque utitur tanquam potestatis suae ministris etc.[238]). Indessen bleibt doch noch der Gegensatz des Reiches Christi, d. i. der Kirche und des Staates, d. i. der irdischen Welt. Der Catechismus stellt noch zusammen: imperatores, reges, respublicae, duces omnesque ii, qui vel expetiti ac delecti ab hominibus praesunt civitatibus atque provinciis, vel per vim et iniuriam dominatum occupaverunt, gegenüber den von Gott eingesetzten, Christus, den Aposteln, deren Nachfolgern[239]). Diese zu der älteren Auffassung zurückführende Anschauung ist systematisch von den Jesuiten ausgebildet[240]), von der Kirche aber nie ausdrücklich und förmlich verworfen.

Bei weitem größer war die Wirkung der Reformation auf die Zustände des teutschen Reiches, und infolge der dadurch herbeigeführten Veränderungen auf das Verhältniß desselben zur Kirche. Es änderte sich die Stellung des Kaisers, indem sein dominium mundi in dem bisherigen Sinne (s. Anm. 208) nicht fortdauerte, da der frühere monarchische Charakter des Reiches aufhörte. Schon im Jahre 1531 wurde bei Gelegenheit der religiösen Streitigkeiten dieser Grundsatz ausgesprochen[241]) und, je mehr die Landeshoheit der Territorialherren zunahm, ihm gemäß gehandelt. An der selbstständigen Uebung des Reformations- und Episcopalrechtes trat er zuerst am bestimmtesten hervor, und an ihm fand auch das alte kaiserliche Schutz- und Schirmrecht der Kirche eine Schranke[242]). Daher erhielt die kaiserliche Wahlcapitulation den entsprechenden Zusatz Art. I, §. 10: Soviel in diesem Articul den Stuhl zu Rom und Päbstliche Heiligkeit betrifft, wollen die der Augsburgischen Confession zugethane Kurfürsten für sich und ihre Religionsverwandte Fürsten und Stände ... Uns damit nicht verbunden haben, gestalten dann auch gedachte Advocatia dem Religion- und Profan-Frieden ... zu Nachtheil nicht angezogen noch gebrauchet, sondern denen obgedachten Kurfürsten und sambtlichen ihren Religions-Verwandten

238) S. Pars. III. cap. V. qu. VIII. XV. XVI.

239) A. a. O. Pars. IV cap. XI. qu. VIII.

240) Ranke, die römische Kirche, ihre Päbste u. s. w. II, 179 flg.

241) S. Eichhorn, teutsche Rechtsgeschichte IV, 91.

242) Vgl. Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes III, 38, 39. Klüber's Fortsetzung IV, 115. Aegidi, der Fürstenrath nach dem Lüneviller Frieden (Berlin 1853) S. 103, 173.

im Reich gleicher Schutz geleistet werden solle[242a]). In der Schrift des Pseudonymus Hippolytus a Lapide[243]), de ratione status in imperio nostro Romano-Germanico 1640 ist der Gedanke der nicht mehr bestehenden Monarchie klar entwickelt, welchem gemäß auch bei den Verhandlungen zum westphälischen Frieden verfahren wurde. Im früheren Sinne konnte Teutschland nicht mehr das heilige römische Reich teutscher Nation bleiben, denn ein großer Theil des Reiches war von dem Glauben der römischen Kirche abgefallen, und der Augsburger Relionsfriede hatte die Anhänger der neuen Verbindung zu gleichem Rechte mit den Mitgliedern der älteren Kirche anerkannt. Dagegen protestirte Rom, jedoch vergebens, ebenso wie gegen die Resignation Karl's V. und die Wahl und Krönung Ferdinand's I., indem der Kaiser sogar die päbstlichen Ansprüche förmlich widerlegen ließ. Der Reichsvicecanzler erklärte: Wan E. M. sonsten gemeynt ist die alten heiligen Canones zu halten und bei denselben zu bleiben, so dürffen Sie Sich die neuen parteiischen Bäpst Decretales nicht bekümmern lassen, quia talis est extravagans illa, unam sanctam[244]). Die Kaiserwürde selbst hing früher davon ab, daß der Kaiser nicht am Glauben zweifle (s. Anm. 182 u. a.). Der neueste gemeine Verein aller Kurfürsten vom 18. März 1558 bestimmte dagegen: Wir sollen und wollen auch beyderseits Religion und der Ceremonien halber keiner den andern auf künftigen Wahl-Crönungstägen oder sonst ausschliessen, noch unfähig achten u. s. w.[245]), so daß eigentlich auch ein Evangelischer wenigstens zum teutschen Königthum wählbar wurde[246]). Der päbstliche Protest gegen den westphälischen Frieden selbst wurde für null und nichtig erklärt, die Publication der päbstlichen Bulle verboten, und, da der Erzbischof von Trier die Bekanntmachung beabsichtigte, dies durch Drohung mit seiner Absetzung verhindert[247]).

Nach diesem Verlaufe konnten Pabst und Kaiser nicht mehr in ihrem älteren Verbande bleiben und die Meinung, welche von einer Herstellung desselben besonderen Segen erwartete, fand keine allgemeinere Theilnahme. Gottfried Wilhelm v. Leibnitz suchte im Jahre 1670,

242a) Der Zusatz: Soviel — verbunden haben, wurde 1562, von da ab bis zum Schlusse 1653 der Wahlcapitulation zugefügt.

243) Man hält ihn gewöhnlich für den schwedischen Historiker Bogislaw Philipp von Chemnitz oder dessen Vater Martin Chemnitz (Menzel, teutsche Geschichte VIII, 83). Nach v. Rommel (Geschichte Hessens VII, 211, Anm. 179) ist es der schwedische geheime Rath Jacob v. Steinberg, unterstützt von dem pommerschen Regierungspräsidenten Joh. Nicodemus v. Lilienström.

244) Sald bei Goldast, politische Reichshändel S. 185 (Ranke, teutsche Geschichte V, 422).

245) Faber, neue Staatskanzley XIII, 61 flg. Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze IV, 511 flg. Vgl. Ranke a. a. O. V, 419, 420.

246) S. über diese später sehr bestrittene Frage Pütter, Literatur III, 105. Klüber a. a. O. IV, 150. Aegidi a. a. O. S. 178 flg.

247) v. Meiern, acta exsecutionis pacis Westphalicae Buch XIII, §. 15, 19.

gegenüber den Gefahren, welchen Teutschland durch Ludwig XIV. ausgesetzt war, in dem Bedenken, welchergestalt securitas publica interna et externa und status praesens im Reiche jetzigen Umständen nach auf festen Fuß zu stellen[248]), auszuführen, daß man wieder entschiedener den Pabst und den Kaiser als die beiden Häupter der ganzen Christenheit anerkennen müsse, den Kaiser insbesondre als den advocatus ecclesiae universalis und weltliches Oberhaupt. Es lag diesem Vorschlage zugleich ein anderer Gedanke zum Grunde, dessen Ausführung allerdings auch bis zu einem gewissen Grade die Verwirklichung jenes Wunsches möglich machte, nämlich die Wiedervereinigung der Katholiken und Evangelischen[249]). Indessen mußte doch Leibnitz selbst sich gestehen: dies sind die Wünsche, welche von dem gegenwärtigen Zustande der Dinge sehr weit entfernt sind.

Wenngleich der frühere Zusammenhang zwischen Pabst und Kaiser nicht ferner bestand, so war darum doch nicht ein förmlicher Bruch eingetreten. Auf das Recht, den König und Kaiser zu bestätigen, wurde römischerseits nicht verzichtet. So confirmirte Clemens XI. unterm 26. Februar 1714 Karl VI. durch eine eigene Consistorialbulle, in welcher zugleich die bei der Wahl vorgekommenen Defecte geheilt wurden, namentlich die Theilnahme der protestantischen Kurfürsten, die nicht eingeholte Bestätigung des Kaisers Joseph u. s. w. (licet quovis legitimo iure eligendi destituti essent, admissi fuerint, sive etiam ex eo, quod idem Iosephus electus imperator de manu Romani pontificis, auream coronam non susceperit, immo nec etiam suae electionis confirmationem ab eodem Romano pontifice obtinuerit etc.)[250]). Ja unterm 10. März 1714 holte der Pabst noch förmlich nach dem Tode Joseph's die Bestätigung nach, bei Gelegenheit der Erledigung eines Conflicts des römischen Stuhles mit dem Kaiser über das Recht der ersten Bitte (ius primarum precum)[251]). Wie sehr aber das Pabstthum darauf bedacht war, ältere, gleichviel ob zugestandene oder verworfene, Gerechtsame fort und fort zur Geltung zu bringen, erhellt unter anderem aus dem Proteste Clemens XI. gegen die, unter Zustimmung des Kaisers, vom Kurfürsten Friedrich III. von Brandenburg im Jahre 1701 angenommene Würde eines Königs von Preußen. Clemens erklärt: dies sei geschehen profano prorsus ac forte inaudito hactenus apud Christianos more ... Hoc sane factum quantum Apostolicae Sedi iniuriosum, quantum sacris canonibus, quibus haereticum principem antiquis potius cadere, quam novis augeri honoribus constitutum est,

---

248) S. Leibnitz, teutsche Schriften, herausgegeben von Guhrauer B. 1 (Berlin 1838) Nr. I.

249) Vgl. außer vielen anderen den von Ch. v. Rommel herausgegebenen Briefwechsel, unter dem Titel: Leibnitz und Landgraf Ernst von Hessen-Rheinfels (Frankfurt a. M. 1847) 2 Bde. — a. v. St.

250) Bullarium Rom. (ed. Luxemburg) Tom. XII. Fol. 539.

251) Bullarium l. c. 541.

adversum fuerit ... explicare supervacaneum ducimus etc.[252]). Ebenso der Protest gegen die dem protestantischen Hause Braunschweig-Lüneburg übertragene neunte Kurwürde im Jahre 1707: Quis enim non videat, quanta sit inde et in Apostolicam Sedem iniuria et in religionem Catholicam derivatura calamitas?[253]). Die Beziehungen des römischen Stuhles zum teutschen Reiche wurden immer loser, ganz aufgegeben wurden sie aber niemals. Daher konnte auch Pius VI. noch 1792 zur letzten Kaiserwahl einen Nuntius abschicken, welcher mit Bezugnahme auf die in der Wahlcapitulation enthaltene Bestimmung, daß der Kaiser: protector et advocatus constituitur ecclesiae, sanctae sedis apostolicae et sanctitatis suae, den Schutz gegen die Eingriffe der französischen Republik beanspruchte[254]). Nicht viel später wünschte aber Pius VII. die Hilfe des ersten Consuls gegen Teutschland[255]).

Es war nicht der Protestantismus allein, welcher die Stellung Roms dem Staate gegenüber veränderte. Aus der Kirche selbst wirkte das wieder auflebende Episcopalsystem mächtig darauf ein[256]). Wenn die geistlichen Staaten selbst von Rom unabhängiger zu werden strebten und die kirchliche und bürgerliche Seite des gemeinsamen Regimentes genauer zu sondern anfingen, so kann es nicht auffallen, daß die weltlichen Landesherren die Autorität der Kirche in engere Grenzen zu weisen suchten. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts wurde ein förmliches System über das gegenseitige Verhältniß von Staat und Kirche vornämlich in den beiden größten katholischen Herrschaften, in Bayern und Oesterreich aufgestellt und darnach die Gesetzgebung geregelt. Im Jahre 1766 hatte unter dem Namen Verenunds von Lochstein, der Director des kurfürstlichen geistlichen Rathes und geheimer Referendarius Peter v. Osterwald Gründe sowohl für als wider die geistliche Immunität in geistlichen Dingen zusammengestellt, worin folgende Sätze vertheidigt werden. „Es ist eine ausgemachte Wahrheit, daß gleichwie die geistliche Macht in allen Dingen, welche zur Seligkeit des Menschen gehören ... souverän ist, ebenso im Gegentheile die weltliche Macht in zeitlichen Dingen unumschränkt und souverän, folglich von der geistlichen Macht völlig independent sei, und daß sie zugleich in allen vermischten Dingen ... eben darum, weil sie zeitlich sind, folglich unter den Bezirk der weltlichen Souveränetät gehören, alleinige Richterin sei, und daß es ihr allein gebühre, über ihre eigene zeitliche Staatsnothdurft

252) Clementis XI. P. M. orationes consistoriales (s. die betreffende Stelle bei Eisenschmid, römisches Bullarium B. II, S. 304 flg.

253) S. das Schreiben an den Erzbischof Kurfürsten Lothar von Mainz vom 12. Februar 1707 aus Fleury hist. eccl. ab Alexandro a S. Ioanne continuata T. LXVII. p. 644. sq. bei Eisenschmid a. a. O. S. 301 flg.

254) Abgedruckt im Anhange von Häberlin's pragmatische Geschichte der neuesten kaiserlichen Wahlcapitulation (Leipzig 1792, 1793) S. 420 flg.

255) S. über das Breve v. 4. Juni 1803 Aegidi a. a. O. S. 176, 177.

256) S. Bd. VI, S. 8, 9 des Rechtslexikon's.

und über das Interesse, welches die Kirche dabei haben kann, zu urtheilen. Und gleichwie in der Ordnung der übernatürlichen und göttlichen Dinge die Kirche eine abgesonderte und von dem weltlichen Staate distinguirte Gesellschaft ausmacht und demselben vorgeht; so hat hingegen der weltliche Staat in der Ordnung der natürlichen Dinge den Vorzug vor der Kirche. In diesem Verstande sagt Optatus Mileritanus ganz recht, daß nicht der weltliche Staat in der Kirche, sondern die Kirche im weltlichen Staate sei. Und hierin beruht die so schöne in der Vernunft, in dem Rechte der Natur und in der göttlichen Schrift gegründete Harmonie beider Mächte, welche nicht allein nicht bestehen kann, sondern auch in lauter Unordnung und Confusion ausarten muß, wenn man andere Principia als die vorangezogenen zum Grunde legt"[257]. Diese Schrift hatte der Fürstbischof von Freisingen als ein wider die wahren Grundsätze der Kirche anstößiges, dem Ansehen der Päbste und allgemeinen Kirchenversammlungen, geistlichen und weltlichen Fürsten nachtheiliges, auch sonst mehrfach gefährliches Werk bezeichnet und im ganzen Bisthum verboten. Dagegen ließ Kurfürst Maximilian Joseph III. durch eine Declaration vom 29. August 1766 das bischöfliche Verbot für einen Eingriff in die Landeshoheitsrechte erklären, die Schrift selbst aber ausdrücklich approbiren, denn „sie handle nur landesherrliche Gerechtsame und Befugnisse ab, die bereits bei den meisten katholischen Staaten in kundbarer Uebung seien". Allerdings war nach dieser Auffassung der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis 1756, nebst den Anmerkungen dazu von W. X. A. v. Kreittmayr 1758—1768 bearbeitet[258]). Nicht anders verhielt es sich in Oesterreich, besonders seit Maria Theresia und mehr noch seit Joseph II.[259]). Es genüge, statt der Aufzählung einzelner Gesetze, an ein Hofdecret vom 19. December 1781 zu erinnern, welches Fürst von Kaunitz-Rietberg erlassen hatte. „Daß die Abstellung solcher Mißbräuche, welche weder Grundsätze des Glaubens, weder den Geist und die Seelen allein betreffen, von dem römischen Stuhle nimmermehr abhangen kann, indem solcher, diese zwei Gegenstände ausgenommen, nicht die mindeste Gewalt im Staate haben kann. Daß diese mithin allein und ausschließend dem Landesfürsten zustehe, welcher allein im Staate das Recht zu befehlen hat. Daß

257) S. v. Scheurl, Beiträge zur Beleuchtung der Schrift: Concordat und Constitutionseid der Katholiken in Bayern, Augsburg 1847 (Erlangen 1847) II, 10 flg.

258) Vgl. K. v. Wallerstein, Beiträge zum bayerischen Kirchenstaatsrechte (München 1846) S. 233 flg. Scheurl a. a. O. S 18.

259) M. s. über die damaligen Verhältnisse vornämlich Beidtel, Untersuchungen über die kirchlichen Zustände in den kaiserlich österreichischen Staaten, Wien 1849. Man findet darin, außer der hierher gehörigen Gesetzgebung, auch eine genaue Charakteristik der damaligen Literatur (Schriften von Paul Joseph v. Riegger, Eybel, Rautenstrauch u. v. a.). Vgl. auch Codex iuris ecclesiastici Iosephini. Pressburg 1788. 2 Bde.

von dieser Art Alles ohne Ausnahme zu sein sich befindet, was die äußerliche Zucht der Klerisei und insbesondre der geistlichen Orden betrifft — —. Gleichwie der Kaiser sich niemals der Ausübung der gegründeten und gesetzmäßigen Gerechtsame des heiligen Stuhles und der allgemeinen Kirche in dogmatischen und blos die Seele betreffenden Gegenständen zu entziehen gedenken, also werden Sie auch niemals eine fremde Einmischung in Angelegenheiten gestatten, welche Allerhöchstdieselben als offenbar der obersten landesherrlichen Machtvollkommenheit zustehend ansehen werden, als welche ohne Ausnahme Alles dasjenige unter sich begreift, was in der Kirche nicht von göttlicher, sondern nur von menschlicher Erfindung und Einrichtung ist, und das, was es ist, allein der Einwilligung oder Gutheißung der oberherrlichen Gewalt zu verdanken hat — —" [260]).

Gegen diese mit Consequenz durchgeführten Principien blieb der römischen Kirche nichts übrig, als Protest zu erheben und sich zu fügen [261]). Clemens XIII. schrieb in diesem Sinne unterm 25. Juli 1764 dem Bischof von Breslau, er solle Alles aufbieten, um die Staatsgewalt zu milderen Grundsätzen zu bewegen; wenn dies nichts fruchte, dann solle er der Gewalt weichen, aber nicht von ihm erwarten, daß er dem unkanonischen Verfahren seine Zustimmung ertheile (Ceterum longe tolerabilius esse arbitramur malum, te violentiae cedere gravi metu perculsum, quam nos iis rebus, quae ab ecclesiastica regula abhorrent, Apostolicam nostram adiicere auctoritatem) [262]). Der Versuch Pius VI., durch persönliche Besprechung mit dem Kaiser im Jahre 1782 eine Aenderung des Systems herbeizuführen, blieb ohne Erfolg [263]). Im wesentlichen wiederholte Leopold II. in dem Hofdecret an sämmtliche Landesstellen, die Religions- und Kirchensachen betreffend, vom 17. März 1791 die älteren Gesetze über das Placet, die ausgedehnte weltliche Gerichtsbarkeit, die Verwaltung des Religionsfonds durch den Staat u. s. w. [264]). Die französische Revolution, die aus derselben hervorgehende Vernichtung der geistlichen Herrschaften, die Ueberweisung der säcularisirten Gebiete zur Entschädigung an verschiedene Staaten, ohne Rücksicht auf den früheren Zusammenhang der vertheilten Districte und die ganze Richtung der Zeit waren nicht geeignet, eine Aenderung des bisherigen Systems herbeizuführen. Sehr bemerkenswerth bleibt aber, wie selbst

---

260) Beidtel a. a. O. S. 285.

261) M. vgl. deshalb die von Roskovany l. c. T. I. mitgetheilten Zeugnisse.

262) Bullarium Romanum ed. Barbèri. Tom. III. (Romae 1838) Fol. 2, auch bei Roskovany l. c. pag. 303. 304.

263) S. die Allocution nach der Rückkehr aus Wien, im Bullarium cit. Tom. VI. (Romae 1843) Fol. 453, Roskovany l. c. pag. 343. 344. Vgl. Joh. v. Müller, die Reisen der Päbste u. a.

264) Abgedruckt in v. Kamptz, Codicillus das landesherrliche ius circa sacra betreffend (im besonderen Abdrucke aus dem Hefte 100 der Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung) (Berlin 1838) S. 3 flg.

in dieser Zeit noch die Autorität des Pabstes zu Hilfe genommen werden konnte, um eine Steuer der geistlichen Institute zu erwirken. Der Kurfürst Karl Theodor von Bayern ließ sich nämlich von Pius VI. eine Bulle geben (vom 7. September 1798), durch welche die Stifter und Klöster des Landes autorisirt wurden, einen außerordentlichen Beitrag von 25 Millionen Gulden aufzubringen[265]).

Nachdem, infolge der Vereinigung der säcularisirten Bisthümer und anderer geistlicher Anstalten mit den älteren Besitzungen der einzelnen teutschen Territorien, die bis dahin in Geltung gewesenen Bestimmungen über die kirchlichen und politischen Verhältnisse der Mitglieder der verschiedenen religiösen Bekenntnisse nicht mehr ausreichten, auch durch den Reichsdeputationsreceß vom 25. Februar 1803 §. 63 (s. Anm. 288), sowie die Rheinbundacte vom 12. Juli 1806 und die Auflösung der Reichsverbindung die älteren Beschränkungen des Reformationsrechtes aufgehoben waren, erging eine Menge neuer Verordnungen über das Verhältniß der Kirche zum Staate, in welchen sich die früheren Grundsätze verallgemeinert wieder finden[266]). Durch die von den einzelnen teutschen Fürsten mit dem römischen Stuhle späterhin über die Herstellung der katholischen Landeskirchen getroffenen Vereinbarungen sind dieselben im ganzen nicht verändert worden[267]); dagegen sind in der neuesten Zeit viele der bisher angewendeten Bestimmungen aufgehoben oder wesentlich modificirt worden. Dieses Ergebniß ist nicht ohne die heftigsten Kämpfe, ohne Druck und Gegendruck, erzielt. Rom hat es zu keiner Zeit unterlassen, Protest zu erheben, sobald es das von ihm vertretene Princip für verletzt erachtete und ist beharrlich darauf bedacht, das verlorene Terrain wieder zu gewinnen. Die diesfallsigen Bemühungen sind erspießlicher geworden, seitdem der teutsche Episcopat sich enger an Rom angeschlossen, wohl erkennend, daß dieses das einzige Mittel sei, wieder zu größerem Einflusse zu gelangen. Die Abhängigkeit vom Pabste ist weniger drückend als die vom Staate. Als nach der Auflösung des Rheinbundes auf dem Congresse zu Wien die Neugestaltung der teutschen Verfassung berathen wurde, fehlte es nicht an Prälaten, die eine Herstellung der Kirche forderten, soweit es die damaligen Zustände noch zuzulassen schienen[268]). Viel weiter ging der Pabst, welcher eine vollständige Restitution begehrte, ohne Rücksicht auf die seit zwanzig Jahren eingetretenen Aenderungen, und zuletzt, da sein Antrag erfolglos geblieben, gegen die Congreßacte vom 8. Juni 1815 unterm 14. desselben Monats durch seinen Legaten, den Cardinal

---

265) Rudhart, Geschichte der Landstände in Bayern (Heidelberg 1816) II, 319, 328. Unger, Geschichte der teutschen Landstände (Hannover 1844) I, 17.

266) Die wichtigsten derselben finden sich in den Anm. 264 cit. Codicillus.

267) S. den Artikel Concordate Bd. II, S. 765 flg.

268) Klüber, Acten des Wiener Congresses I (Erlangen 1815), 2, 28 flg., 80 flg. u. a. (auch bei Roskovany l. c. II. 172. sq.).

Consalvi den feierlichsten Protest erheben ließ, mit Bezugnahme auf das Beispiel, welches Fabio Chigi auf dem Friedenscongresse zu Münster in der Verwerfung des westphälischen Friedens gegeben hatte[269]). Ebenso erklärte sich Pius VIII. unterm 30. Juni 1830 gegen die in der oberrheinischen Kirchenprovinz ergangene Verordnung vom 30. Januar d. J.[270]). Daran reiht sich eine Menge anderer Proteste gegen Hannover vom 8. November 1834[271]), gegen Preußen 1838[272]) u. v. a. Zwar erklären Walter[273]), Phillips[274]) u. a. von solchen Declarationen ganz richtig, es seien Verwahrungen, die der Pabst seiner Stellung und seinem Gewissen schuldig ist, die jedoch in die äußere Rechtsordnung nirgends mehr störend eingreifen können; allein, sobald sich Gelegenheit findet, den Inhalt des Protestes zu verwirklichen, kann doch darauf gebaut werden, und dies ist in der neuesten Zeit wieder in nicht geringem Maaße geschehen. Die katholische Kirche hat bereits wieder eine Autonomie erlangt, welche zum Theil an mittelalterliche Befugnisse erinnert; ein großer Unterschied ist jedoch, im Vergleiche mit der älteren Zeit, vorhanden, welcher die Rückkehr derselben so lange unmöglich machen muß, als an dem Principe festgehalten wird, daß ohne ausdrückliche gesetzliche Sanction die bürgerliche Wirkung den kirchlichen Acten versagt bleibt. Die besonders seit 1848 so oft geforderte ebenso verderbliche als nachtheilige absolute Trennung von Staat und Kirche ist keineswegs mit der Aufrechthaltung dieses Grundsatzes verbunden, wohl aber die Auseinandersetzung beider, ohne welche ein rechtes Gedeihen für sie überhaupt nicht möglich ist. Diese Auseinandersetzung begehrt auch die evangelische Kirche, welche zur vollen Entwickelung ihrer Heilsgüter auch zu Gunsten des Staates nur dann gelangen kann, wenn sie die ihr nöthige Autonomie erlangt hat.

Das gegenwärtige Verhältniß des Staates zur Kirche.

Die einzelnen Befugnisse, welche der Staat im Verbande mit der Kirche besitzt, pflegte man früher durch den Satz zu begrenzen, daß die Kirche in den blos die Religion betreffenden Angelegenheiten unabhängig, in allen äußeren Instituten aber dem Staate unterworfen sei. Indem man aber genauer die Gebiete systematisch zu scheiden begann und jedem die einzelnen Gerechtsame subsumirte, ergab sich der Unterschied des der Kirche zustehenden Gebietes, als Kirchenregiment (ius in sacra, ius sacrorum, potestas ecclesiastica), und des dem Staate gebührenden Rechtes, als Kirchenhoheit (ius maiestaticum circa sacra). Die genauere Distinction ist durch die Doctrin erfolgt, welche die aus den

269) Klüber, Acten IV, 442 flg. Roskovany l. c. II. 96. sq.
270) Roskovany l. c. II. 292. sq., verb. 298. sq. 306. sq.
271) l. c. II. 367. 368.
272) l. c. II. 401. sq.
273) Kirchenrecht §. 113, Anm. 2.
274) Kirchenrecht III, 504.

Kämpfen der Reformation entsprungenen Grundsätze zusammenfaßte und auf ihre Motive zurückzuführen suchte. Mit dem hergebrachten ius advocatiae war schon früher das ius inspectionis vereinigt und daran schloß sich das ius reformandi, dem dann noch ein sog. dominium eminens hinzugefügt wurde. Die aus dem Wesen des Staates und der Religionsgesellschaften, insbesondre der Kirche und den verschiedenen zu derselben gehörenden Parteien abgeleiteten Rechte erhielten für Teutschland ihre nähere Bestimmung durch die Reichsgesetzgebung und das Territorialrecht. Seit der Auflösung des teutschen Reiches traten wichtige Aenderungen ein, welche auf's neue seit den Ereignissen der letzten Jahre wiederum modificirt wurden. Es kann nicht gerade Wunder nehmen, daß in den Tagen allgemeiner Verwirrung die Meinung Vertheidiger hatte, als ob die iura circa sacra selbst ein Ende gefunden, und daß in solchem Sinne sogar hier und da Verordnungen erlassen wurden, deren Rücknahme jedoch nothwendig geworden ist, seit Beruhigung und Einsicht zurückgekehrt waren. Auch jetzt noch sind die früher gebrauchten Terminologien anwendbar, doch versteht sich von selbst, daß der Inhalt des in den einzelnen Bestandtheilen des ius circa sacra liegenden Rechtes nach den zur Zeit in Geltung stehenden Gesetzen abgemessen werden muß.

Zur Kirchenhoheit des Staates gehört

1) das ius reformandi, ius admissionis, das Recht die Religionsübung zu bestimmen[275]. Eine Reformation oder Emendation der Kirche ist von jeher vom Staate in Gemeinschaft mit den geistlichen Oberen geübt worden[276]. Die Reformationssynoden des 15. Jahrhunderts führten die ersehnte Verbesserung der Kirche nicht herbei und veranlaßten deshalb eine andere Reformation. Die Stände des Reiches, von den Reformatoren dazu aufgefordert, unterstützten dieselbe, und erlangten schon 1526 die Freiheit (s. Anm. 211), das evangelische Bekenntniß einzuführen. Dieses (später sogenannte) ius reformandi wurde, wie von den protestantischen, auch von den römisch-katholischen Ständen angewendet, welche durch Gegenreformationen den Katholicismus restituirten. Daher nahm man an, das Reformationsrecht könne seiner Natur nach nur gegen fremde Religion geübt werden[277]. Der Begriff des ius reformandi wurde nun überhaupt generalisirt und nach dem Grundsatze des Territorialismus: cuius regio eius et religio von den Landesherren verfahren. Durch den westphälischen Frieden wurden indessen dem Reformationsrechte bestimmte Schranken gezogen. Der

---

275) M. s. die reiche ältere Literatur darüber bei Pütter, Literatur des Staatsrechtes B. III, S. 712 flg. Klüber's Fortsetzung IV, 589 flg.

276) M. s. die obige historische Darstellung, in welcher mannigfache Beispiele dafür angeführt sind. Z. B. Anm. 117 flg.

277) Vgl. die Verhandlungen des westphälischen Friedens a. v. St.; so namentlich bei der Festsetzung des Verhältnisses der evangelischen Parteien unter einander, in den Acta pacis (ed. v. Meiern) VI, 240.

Friede erkannte zuvörderst an, daß dieses Recht mit der Landeshoheit verbunden sei: Quum statibus immediatis cum iure territorii et superioritatis, ex communi per totum imperium hactenus usitata praxi, etiam ius reformandi exercitium religionis competat ... conventum est, hoc idem porro quoque ab utriusque religionis statibus observari, nullique statui immediato ius, quod ipsi ratione territorii et superioritatis in negotio religionis competit, impediri oportere [278]). Das Recht selbst besteht darin, daß der Landesherr den Anhängern einer von der seinigen abweichenden Religion Duldung gewähren oder versagen darf, insbesondre solche in seinem Territorium angesessene zur Auswanderung zwingen kann [279]). Ausgenommen von dieser Befugniß wurden aber diejenigen, einem anderen Glauben angehörigen Unterthanen, welche im Jahre 1624 im Lande ein Religionsexercitium besessen hatten: ... Landsassii, vasalli et subditi, cuiuscunque generis, qui sive publicum sive privatum ... exercitium anno 1624 quacunque anni parte ... haberunt, retineant id etiam in posterum, una cum annexis, quatenus illa dicto anno exercuerunt ... Et haec omnia semper et ubique observentur — [280]). Diese Bestimmung bezog sich auf das Verhältniß der Katholiken und Evangelischen, während für die Lutheraner und Reformirten das Jahr 1648, der Zustand der Zeit des Friedensschlusses, als maßgebend angenommen wurde [281]). Während ferner katholischen und evangelischen Ständen die Einführung eines simultanen Kultus der im Normaljahre nicht berechtigten Confession nicht zustand, wurde hinsichtlich der Evangelischen bestimmt, daß wenn der Landesherr vom lutherischen zum reformirten Bekenntnisse oder umgekehrt übertrete, er einen Hofgottesdienst seiner Confession einrichten dürfe, auch die Bildung neuer Gemeinden dieses Bekenntnisses erlaubt sein solle, Alles jedoch ohne Beeinträchtigung der bisher herrschenden Partei (sog. unschädliches Simultaneum) [282]). Eine weitere Beschränkung des ius reformandi bestand darin, daß der Friede nur die Katholischen und Evangelischen umfaßte, andere Religionsverwandte aber nicht aufgenommen werden sollten (Praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro imperio Romano recipiatur vel toleretur) [283]). Hiernach unterschied man folgende Stufen:

a) Exercitium religionis publicum der öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaft, religio oder ecclesia recepta, publica, dominans. Dazu gehört der öffentliche Gottesdienst in privilegirten Gebäuden (Kirchen), insbesondre auch der Gebrauch der Glocken und der Besitz aller derjenigen Einrichtungen, welche eine in's Leben tretende

278) I. P. O. art. V. §. 30., verb. §. 42. 44.
279) l. c. §. 34—37.
280) l. c. §. 31. 32.
281) l. c. art. VII. §. 1.
282) l. c. §. 1. 2.
283) l. c. §. 2.

Kirchenverfassung erfordert. Nach dem Geiste des westphälischen Friedens ist das Einzelne in der partikularen Gesetzgebung genauer bestimmt, und dabei sind vorzüglich die Corporationsrechte der Gemeinden und die Ertheilung der Rechte der Staatsbeamten für die Kirchendiener in's Auge gefaßt. So bestimmt das, sich im wesentlichen an das preußische Recht[284]) anschließende bayerische Edict über die äußeren Rechtsverhältnisse in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften vom 26. Mai 1818 §. 28—31: Die mit ausdrücklicher königlicher Genehmigung aufgenommenen Kirchengesellschaften genießen die Rechte öffentlicher Corporationen. Die zur Ausübung ihres Gottesdienstes gewidmeten Gebäude sollen, wie andere öffentliche Gebäude, geschützt werden. Die zur Feier ihre Gottesdienstes und zum Religionsunterrichte bestellten Personen genießen die Rechte und die Achtung öffentlicher Beamten. Ihr Eigenthum steht unter dem besonderen Schutze des Staates. §. 44: Sie sind berechtigt, Eigenthum zu besitzen und nach den hierüber bestehenden Gesetzen auch künftig zu erwerben[285]).

b) Exercitium religionis privatum der geduldeten Religionsgesellschaft, religio oder ecclesia tolerata, deren Unterschied von der recipirten Kirche sich aus der Versagung jener Vorrechte ergiebt. Darüber bestimmt das dem preußischen Rechte[286]) sich auch hier anschließende bayerische Edict §. 32—37: Eine Religionsgesellschaft, welche die Rechte öffentlich aufgenommener Kirchengesellschaften bei ihrer Genehmigung nicht erhalten hat, wird nicht als eine öffentliche Corporation, sondern als eine Privatgesellschaft geachtet. Es ist derselben die freie Ausübung ihres Privatgottesdienstes gestattet. Zu dieser gehört die Anstellung gottesdienstlicher Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden und die Ausübung der ihren Religionsgrundsätzen gemäßen Gebräuche sowohl in diesen Zusammenkünften als in der Privatwohnung der Mitglieder. Den Privatkirchengesellschaften ist aber nicht gestattet, sich der Glocken oder sonstiger Auszeichnungen zu bedienen, welche Gesetze oder Gewohnheit den öffentlichen Kirchen angeeignet haben. Die von ihnen zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen genießen als solche keine besonderen Vorzüge. Die ihnen zustehenden weiteren Rechte müssen nach dem Inhalte ihrer Aufnahmsurkunden bemessen werden. §. 45: Ihre Eigenthumsfähigkeit wird nach ihrer Aufnahmsurkunde, oder wenn in dieser darüber nichts festgesetzt ist, nach den Rechten der Privatgesellschaften bestimmt.

---

284) S. Allgemeines Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 17—19. Verb. Th. II, Tit. VI, §. 22 flg., wozu die Ergänzungen zu diesen Stellen.

285) Bei Döllinger, Sammlung der im Gebiete der inneren Staatsverwaltung des Königreiches Bayern bestehenden Verordnungen B. VIII (München 1838 4.) S. 1 flg. (auch im Anhange von Richter's, Phillips' und Walter's Kirchenrecht) nebst den späteren Ergänzungen.

286) Allgemeines Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 20—26, nebst den Ergänzungen.

c) Religio reprobata, nicht geduldete Religionsgesellschaft. Während des Bestehens des teutschen Reiches kam diese Stufe in doppelter Weise vor, indem es dem Landesherrn freistand, solchen Katholischen oder Evangelischen, die nach dem Normaljahre keinen Anspruch auf exercitium publicum oder privatum besaßen, den Aufenthalt im Lande und persönliche Duldung (Gewissensfreiheit, conscientia libera) zu gewähren, ebenso auch Hausandacht mit Zuziehung eines Geistlichen (devotio domestica qualificata) oder ohne einen solchen (devotio domestica simplex) — wogegen anderen Secten eigentlich nicht einmal persönliche Duldung verstattet werden sollte[287]. Die nicht als Religionsgesellschaft, sondern nur als Individuum geduldeten Katholiken und Evangelischen waren übrigens bürgerlicher und politischer Rechte fähig, welche den Sectirern fehlten.

Nach dem Vorgange Preußens, wo schon seit dem großen Kurfürsten Friedrich Wilhelm 1683 und ganz besonders seit Friedrich dem Großen mildere Grundsätze zur Anwendung kamen, wurde nach und nach auch in den übrigen teutschen Landen die ältere Strenge nicht völlig aufrecht erhalten. Einflußreich wurde vorzüglich für die, infolge der Verluste durch den Lüneviller Frieden, den weltlichen Ständen zugefallenen Entschädigungsländer der Reichsdeputationsreceß v. 25. Febr. 1803 durch die Festsetzung[288]: den Landesherren steht frei, andere Religionsverwandte zu dulden, und ihnen den vollen Genuß bürgerlicher Rechte zu gestatten. Indessen konnte noch der Kaiser in einem Hofdecrete vom 30. Juni 1803 an den Reichstag erklären[289]: daß der Grundsatz einer allgemeinen wechselseitigen Duldung und des vollen Genusses bürgerlicher Rechte für alle Religionsgenossen, noch nicht einmal in Ansehung der drei christlichen Confessionen in den sämmtlichen Landen des teutschen Reiches anerkannt sei, und daß noch andere, selbst feierlich garantirte Grundsätze bestehen, die durch den Geist einer allgemeinen und vollkommenen Religionsduldung weder geleitet seien, noch als fortschreitende Wirkung derselben betrachtet werden können. Es kann dies allerdings nicht befremden, wenn man erwägt, wie schmerzlich es Pius VII. berührte, als Maximilian von Bayern unterm 21. August 1801 die Erlangung des Bürgerrechtes unabhängig vom Bekenntnisse der katholischen Religion machte[290]. Erst die teutsche Bundesacte stellte im Artikel XVI den allgemeinen Grundsatz auf: die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des teutschen Bundes keinen Unterschied im Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen. Die Verhandlungen des Wiener Congresses ergeben, daß unter christlichen Religionsparteien nur die

287) I. P. O. art. V. §. 34. art. VII. §. 2. (s. den Text bei Anm. 283).
288) §. 63.
289) S. Heise, über die Gewissensfreiheit im Staate, in Daub und Creuzer, Studien B. I (Frankfurt und Heidelberg 1805) S. 324.
290) Vgl. das Breve vom 12. Februar 1803 bei Roskovany l. c. II. 80.

Katholischen und Evangelischen verstanden sind[291]). Aus denselben erhellt aber auch ferner, daß rücksichtlich der kirchlichen Rechte durch die Bundesacte gar nichts bestimmt werden sollte[292]), daß also das ius reformandi auch ferner wirksam blieb[293]). Fast überall ist seitdem in den Bundesstaaten das exercitium religionis publicum den zwei oder drei Confessionen bewilligt[294]). Ausnahmen bestehen aber noch zum Nachtheile der Evangelischen in Oesterreich sowie der Katholischen in Mecklenburg[295]).

Was die Verhältnisse der Secten betrifft, so war man nach und nach dahin gekommen, persönliche Duldung zu gewähren, auch Hausgottesdienst zu erlauben sowie die Bewilligung eines exercitium religionis für dieselben von einigen Staat und Kirche sichernden Bedingungen abhängig zu machen. In Preußen hatte schon das allgemeine Landrecht darüber gewisse Grundsätze aufgestellt und für einzelne Parteien waren besondere Toleranz- und Receptionspatente gegeben worden[296]). Darauf stützt sich das Patent vom 30. März 1847, die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend. Die Ereignisse seit 1848 veranlaßten ähnliche Festsetzungen auch in den übrigen teutschen Staaten, nachdem Artikel XVI der Bundesacte dahin erweitert worden, daß ein Unterschied der bürgerlichen und politischen Rechte vom Glaubensbekenntnisse nicht mehr abhängig sein solle. Ausgesprochen wurde dies allgemein in den (wieder aufgehobenen) Grundrechten des teutschen Volkes Art. 14 flg., der Frankfurter Verfassung vom 28. März 1849 §. 144 flg. und in den neueren teutschen Verfassungsurkunden. Ueber die religiöse und kirchliche Stellung der Secten und Dissidenten sind jedoch die zur Vollziehung der Grundgesetze erforderlichen Ausführungsgesetze noch nicht

---

291) S. Klüber, Acten des Wiener Congresses (Erlangen 1815) B. II, S. 439, 440.

292) Klüber a. a. O. I, 110. II, 305 flg., 320 flg., 365 flg., 439 flg., 471, 476, 490, 516, 535.

293) A. M. ist Linde, Gleichberechtigung der Augsburgischen Confession mit der katholischen Religion in Teutschland nach den Grundsätzen des Reiches, des Rheinbundes und teutschen Bundes. Nebst Beleuchtung der Schrift: die katholische Religionsübung in Mecklenburg, Mainz 1853, verb. desselben Verf. Ueber die rechtliche Gleichstellung der christlichen Religionsparteien in den teutschen Bundesstaaten, insbesondre im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin, Gießen 1852, (aus der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, neue Folge, B. X, H. I u. II besonders abgedruckt). Vgl. indessen Walter, Kirchenrecht §. 51. Phillips, Kirchenrecht III, 2, 543 u. a. m.

294) S. die einzelnen Nachweisungen bei Richter, Kirchenrecht §. 54, Anm. 4. Walter §. 51, Anm. 13. Phillips a. a. O. S. 542 u. a.

295) S. die Anm. 293 cit. Literatur. (Die katholische Religionsübung u. s. w. Jena 1852. Ditmar, erachtlicher Bericht über die Rechtsverhältnisse der zur römisch-katholischen Landeskirche sich bekennenden Landeseinwohner ... in Mecklenburg, 1852).

296) Vergl. Details im Rechtslexikon im Artikel Preußen B. VIII, S. 428 flg.

ergangen[297]). Das ius reformandi besteht denjenigen gegenüber, die weder ein publicum noch privatum exercitium bisher erlangt haben, in älterer Weise fort, es kommt aber auch in Bezug auf die bereits aufgenommenen Religionsgesellschaften insofern noch jetzt zur Anwendung, als es sich um Gewährung der Corporationsrechte (Personification) für neu entstehende Gemeinden des anerkannten Bekenntnisses handelt.

Ein zweites im ius circa sacra des Staates enthaltenes Recht ist:

2) Das ius advocatiae sive protectionis, das Schutz- und Schirmrecht[298]). Die Wichtigkeit, welche die Religion und alle religiösen Institutionen für den Staat haben, verpflichten und berechtigen denselben, den Religionsgesellschaften, welche einmal zu Recht bestehen, seine Unterstützung in jeder Weise zu Theil werden zu lassen. Die obige geschichtliche Darstellung ergiebt, daß und wie die Staatsgewalt der Kirche stets ihren Arm geliehen, wo sich ein Bedürfniß herausstellte, und die Kirche selbst hat diesen Schutz auch oft genug in Anspruch genommen, ausgehend von dem Grundsatze: Cognoscant principes saeculi Deo debere se rationem reddere propter ecclesiam, quam a Christo tuendam suscipiunt. Nam sive augeatur pax et disciplina ecclesiae per fideles principes, sive solvatur, ille ab eis rationem exiget, qui eorum potestati suam ecclesiam credidit[299]). Hieraus erklären sich die Staatsgesetze, welche darauf dringen, daß den kirchlichen Anordnungen Folge geleistet werde, die executorische Beitreibung der Leistungen zur Erhaltung der kirchlichen Einrichtungen[300]), die Erhebung der kirchlichen Feste zu feriae publicae[301]), die erhöhte Strafbarkeit wegen Verletzungen der Kirche, ihrer Beamten u. s. w.[302]). Die Verfassungsurkunden der einzelnen Staaten enthalten darüber theils allgemeine, theils besondere Zusicherungen. So heißt es in dem bayerischen Edicte von 1818 §. 46: Allen Religionstheilen ohne Ausnahme ist dasjenige, was sie an Eigenthum besitzen, es sei für den Kultus oder für den Unterricht bestimmt, es bestehe in liegenden Gütern, Rechten, Kapitalien ... durch §. 9 im IV. Titel der Verfassungsurkunde des Reiches garantirt. §. 51: So lange die Kirchengewalt die Grenzen ihres eigentlichen Wirkungskreises nicht überschreitet, kann dieselbe gegen jede Verletzung ihrer Rechte und Gesetze den Schutz der Staatsgewalt anrufen, der ihr von den königlichen einschlägigen Landesstellen nicht versagt werden

297) Ueber die früheren Verhältnisse s. m., die Gesetzgebung das Sectenwesen der evangelischen Kirche Teutschlands betreffend, in v. Moser, allgem. Kirchenblatt für das evangelische Teutschland (Stuttgart 1853) S. 161 flg.

298) S. Pütter, Literatur des Staatsrechtes III, 38, 39. Klüber's Fortsetzung IV, 115. Verb. Richter, Kirchenrecht §. 56. Phillips, Kirchenrecht III, §. 147.

299) C. 20. Can. XXIII. qu. V. (Isidorus).

300) M. s. z. B. die preußische Verordnung vom 26. December 1808 §. 35, 36, 41. Cabinetsordre v. 17. Juni 1836, Erlaß v. 31. Januar 1853 u. a.

301) S. den Art. Fest im Rechtslexikon Bd. IV, S. 272.

302) S. z. B. preußisches Strafgesetz v. 14. April 1851 §. 135.

darf. Aehnlich erklärt sich die preußische Verfassung, welche im Art. 14 noch insbesondre bestimmt: die christliche Religion wird bei denjenigen Einrichtungen des Staates, welche mit der Religionsübung im Zusammenhange stehen, unbeschadet der im Art. 12 gewährleisteten Religionsfreiheit, zum Grunde gelegt. Der Schutz, welchen der Staat der Kirche verleiht, findet indessen seine Grenze darin, daß, wenn mehrere Religionsgesellschaften neben einander bestehen, ihnen allen die nöthige Hilfe gewährt werden muß, somit keine die andere beherrschen darf, selbst wenn der einen Vorzüge vor der anderen gebühren. Der frühere confessionelle Charakter des Staates, welcher es mit sich brachte, daß jede von der Staatsconfession abweichende religiöse Richtung als häretisch oder schismatisch behandelt wurde, hat fast überall aufgehört. Aus der Advocatie, der Vogtei des Staates folgt die Pflicht, den religiösen Frieden aufrecht zu halten (s. weiter unten).

Zur Kirchenhoheit des Staates gehört

3) das ius supremae inspectionis, die Oberaufsicht. Es liegt darin ein Zwiefaches, die Ueberzeugung, welche sich der Staat davon verschafft, daß die kirchlichen Anordnungen vollzogen werden, und die Einsicht, daß die Kirche nicht über ihr Gebiet hinaus in die Sphäre des Staates eingreift. Es ist keineswegs nur das Mißtrauen des Staates gegen eine Religionsgesellschaft oder die Voraussetzung des Mißbrauches ihrer Rechte, welche den Staat zur Uebung der Oberaufsicht veranlassen [303]), sondern theils die Pflicht, von Allem, was sich auf dem Boden des Staates, in der äußeren Rechtssphäre ereignet, Kenntniß zu nehmen, theils die Nothwendigkeit, Conflicten zu begegnen, die nicht nur zwischen den weltlichen und geistlichen Organen vorkommen können, sondern vielmehr noch zwischen den verschiedenen Religionsgesellschaften selbst, zumal dann, wenn eine oder die andere sich nach göttlichem Rechte allein für rechtsbeständig hält, jede andere aber nur als factisch bestehend ansieht und sich, der Gewalt nachgebend, gefallen läßt. Daher berührt die Schutz- und Schirmpflicht des Staates seine Oberaufsicht. Ist aber diese Rücksicht wirklich maßgebend, dann wird der Staat auch seine Inspection nicht weiter erstrecken, als es das Bedürfniß mit sich bringt. In vielen Fällen wird es auch zweckmäßiger sein, statt zu Präventiv- zu Repressivmaßregeln zu greifen. Unter den Gesichtspunkt der Oberaufsicht fällt die Kenntnißnahme von dem, was in den Versammlungen der Religionsgesellschaft gelehrt und verhandelt wird [304]), die Bestätigung kirchlicher Erlasse, beziehungsweise die Cassation derselben [305]), das Recht provisorische kirchenpolizeiliche Maßregeln zu treffen, wenn die Kirche es unterlassen hat, das dringend Nöthige

303) So nach Walter, Kirchenrecht §. 46b (ed. XI). Phillips a. a. O. III, §. 148.

304) S. preußisches Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 33. Bayerisches Edict von 1818 §. 57.

305) S. den Art. Placet Bd. VIII.

anzuordnen (sog. ius devolutionis)[306]), Bestätigung und Beeidigung kirchlicher Beamten, Ueberwachung der Erziehung des Klerus und Theilnahme an den Prüfungen desselben, Approbation religiöser Associationen und Gesellschaften, Untersuchung von Beschwerden gegen einen Mißbrauch geistlicher Gewalt (appellatio tanquam ab abusu, recursus ad principem) u. a. m.[307]). Hierher gehört auch die Aufsicht des Staates über Erwerb, Verwaltung, Veräußerung der Kirchengüter, welche mit Unrecht auf ein sog. Obereigenthum des Staates (dominium eminens) zurückgeführt ist[308]).

Von diesen Majestätsrechten des Staates über die Kirche sind stets die der Kirche selbst zugehörigen Rechte unterschieden, deren Verwaltung der Kirche gebührt. Unter den Begriff der iura in sacra fällt

a) das ius confessionis, die Entscheidung von Angelegenheiten des Glaubens,

b) das ius sacrorum, die Feststellung der Form und Feier des Gottesdienstes,

c) das ius regiminis, die Verwaltung der Gemeinden und der ganzen Kirche durch die dazu bestellten Organe, die geistlichen Oberen,

d) das ius sacerdotii, die Bestellung der Geistlichen und die geistliche Amtsführung,

e) das ius disciplinae, die Handhabung der kirchlichen Disciplin nebst der Ausübung der geistlichen Gerichtsbarkeit.

Die Gesetzgebungen überwiesen diese Rechte den Religionsgesellschaften bald im allgemeinen, bald mit specieller Hervorhebung des Einzelnen. So bestimmt das bayerische Edict von 1818 §. 38 flg. sehr genau die besonderen Befugnisse, welche als innere Kirchenangelegenheiten anzusehen und von jeder Kirchengesellschaft unter der obersten Staatsaufsicht, nach der Formel und der von der Staatsgewalt anerkannten Verfassung ihrer Kirche anzuordnen sind, und verfügt dann: den kirchlichen Oberen, Vorstehern oder ihren Repräsentanten kommt das allgemeine Recht der Aufsicht mit den daraus hervorgehenden Wirkungen zu, damit die Kirchengesetze befolgt, der Cultus diesen gemäß aufrecht erhalten, der reine Geist der Religion und Sittlichkeit bewahrt und dessen Ausbreitung befördert werde. Der Antheil, welcher jedem Einzelnen an dieser Aufsicht zukommt, wird durch seine Amtsvollmacht bestimmt. Von den inneren Kirchenangelegenheiten werden die Gegenstände unterschieden, welche die Kirche betreffen, aber als weltliche der alleinigen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit des Staates unterworfen sind (§. 62 flg.), nämlich: alle Verträge und letztwillige

---

306) S. Steck, de iure devolutionis. Tubing. 1753. Eichhorn, Kirchenrecht I, 561, 562.

307) Ueber alle diese Gegenstände s. m. die hierher gehörigen Artikel des Rechtslexikons, wie geistliche Gerichtsbarkeit, Kloster u. a. m.

308) S. den Art. Kirchengut Bd. VI, S. 116 flg., besonders S. 126.

Dispositionen der Geistlichen; alle Bestimmungen über liegende Güter, fahrende Habe u. s. w. der Kirchen und kirchlichen Personen; Verordnungen und Erkenntnisse über Verbrechen und Strafen der Geistlichen, welche auf ihre bürgerlichen Rechte einen Einfluß haben; Ehegesetze, insofern sie den bürgerlichen Vertrag und dessen Wirkungen betreffen; Privilegien, Dispensationen, Immunitäten, Exemtionen, insofern sie bürgerliche oder politische Verhältnisse berühren; allgemeine Normen über die Verbindlichkeit zur Erbauung und Erhaltung der Kirchen und geistlichen Gebäude, Bestimmung über die Zulassung von Kirchenpfründen; Vorschriften über die Einrichtung der Kirchenlisten u. s. w.

Endlich kommen in Betracht die Gegenstände gemischter Natur (§. 76 flg.), welche zwar geistlich sind, aber die Religion nicht wesentlich betreffen und zugleich irgend eine Beziehung auf den Staat und das weltliche Wohl der Einwohner desselben haben. Es gehören dahin: alle Anordnungen über den äußeren Gottesdienst, dessen Ort, Zeit, Zahl u. s. w.; Beschränkungen oder Aufhebung der nicht zu den wesentlichen Theilen des Kultus gehörigen Feierlichkeiten, Processionen, Nebenandachten u. s. w.; Errichtung geistlicher Gesellschaften und sonstiger Institute und Bestimmung ihrer Gelübde; organische Bestimmungen über geistliche Bildungen, Verpflegs- und Strafanstalten; Eintheilung der Diöcesen, Decanats- und Pfarrsprengel; alle Gegenstände der Gesundheitspolizei, insoweit diese kirchliche Anstalten mit berühren. Bei diesen Gegenständen dürfen von der Kirchengewalt ohne Mitwirkung der weltlichen Obrigkeit keine einseitigen Anordnungen geschehen [309].

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die römisch-katholische und evangelische Kirche hat schon in früherer Zeit mitunter besondere Schwierigkeiten gemacht, zumal da, wo außer den generellen Bestimmungen noch Verträge und andere partikulare Festsetzungen zu berücksichtigen waren und wo das Verhältniß des Allgemeinen und Besonderen nicht immer unzweifelhaft feststand. Dazu kamen noch die Mißstände, welche aus der Verschiedenheit der confessionellen Richtung der Obrigkeit und der Unterthanen entstanden, ja selbst schon aus dem Umstande, daß der Landesherr eine durchaus religiös gemischte Bevölkerung zu regieren hatte.

Die katholische Kirche hatte schon längst darnach gestrebt, eine selbstständigere Verwaltung zu erlangen. Einzelnes war bewilligt, befriedigte aber nicht, da eine vollständige Aufhebung der iura circa sacra das zu erreichende Ziel ist. Es ist öfter ausgesprochen: man will sich nicht abfinden lassen mit diesem oder jenem Zugeständnisse; man will Alles oder Nichts; es sind unveräußerliche Rechte der heiligen Kirche (diritti inalienabili della Santa Chiesa), welche, von den (protestantischen) Regierungen von jeher confiscirt, nun wieder zurückerstattet

---

309) Eichhorn a. a. O. S. 564 flg.

werden müssen. Das Jahr 1848 wurde als der geeignete Zeitpunkt wahrgenommen, um diese Rechte zu reclamiren [310]). Am 22. October 1848 begann der teutsche Episcopat seine Berathungen in Würzburg und beschloß eine Denkschrift vom 14. November, in welcher die einzelnen Desiderien aufgeführt und motivirt wurden. In den verschiedenen teutschen Territorien wurden darnach die besonderen Anträge gestellt. Es gehört dahin die Denkschrift der Bischöfe in Preußen vom Juli 1849, die Denkschrift der vom 1—20. October 1850 zu Freisingen versammelten Erzbischöfe und Bischöfe Bayerns [311]), die Denkschrift der vereinigten Bischöfe der oberrheinischen Kirchenprovinz an die betreffenden Staatsregierungen vom 5. Februar 1851, die Verhandlungen des österreichischen Episcopats zu Wien vom 21. April bis 17. Juni 1849 und die Forderungen an die hannöversche und andere Regierungen. Es genüge, die einzelnen Punkte zu bezeichnen, welche die oberrheinischen Bischöfe aufgestellt haben, denn im ganzen begehren die übrigen dasselbe. Es sind 1) Beseitigung aller religiösen Märzconcessionen (Civilehe u. s. w.); 2) freie Verleihung geistlicher Aemter durch die Bischöfe innerhalb ihrer Sprengel; 3) Beschränkung des Patronatrechtes; 4) Einräumung der Befugniß für die Bischöfe, ihre Untergebenen frei zu prüfen und kanonisch zu bestrafen; 5) keine Staatsprüfung für die Alumnen mehr; 6) Wegfall der landesherrlichen Genehmigung bei Besetzung erledigter Pfarrstellen; 7) Aufhebung des seitherigen Appellationsrechtes an die Staatsregierung bei Ausübung der geistlichen Strafgewalt; letztere soll sich von der einfachen Verweisertheilung bis zur Entziehung des Beneficiums und der damit verbundenen Einkünfte erstrecken; jeder Versuch einer Berufung an die Staatsregierung wird als Auflehnung gegen die gesetzlich normirte Auctorität der Kirche betrachtet und mit der excommunicatio latae sententiae belegt; 8) Errichtung von Knabenseminarien; 9) Abschaffung des landesherrlichen Tischtitels; 10) bischöfliche Genehmigung bei Ernennung von Religionslehrern an Gymnasien und Universitäten; 11) Wegfall des Placetums der Staatsgewalt bei Veröffentlichung päbstlicher Bullen, Breven und bischöflicher Ausschreibungen an den Klerus; 12) Licenz der Bischöfe zur Abhaltung von Volksmissionen und Priesterexercitien; 13) Gestattung geistlicher Vereine von Männern und Frauen zum Gebet, der Betrachtung und sich selbst verleugnenden

310) Vgl. Jacobson, über die kirchlichen Streitigkeiten im Großherzogthum Baden, im Jahre 1853, in Schneider, teutsche Zeitschrift für christliche Wissenschaft und christliches Leben, Berlin 1853 Nr. 52, 53. 1854 Nr. 1 flg., wo die Details angegeben sind. Die erwähnten Denkschriften sind theils separat erschienen, theils zusammen abgedruckt in Ginzel's Archiv für Kirchengeschichte und Kirchenrecht, Regensburg 1851, und in Brühl, acta ecclesiastica Abth. VI, Frankfurt 1851.

311) Dieselbe findet sich, außer anderen Abdrücken, auch bei G. Henner, die katholische Kirchenfrage in Bayern. Ein kirchenstaatsrechtlicher Versuch (Würzburg 1854) S. 118 flg.

Gehorsam; 14) Wiedereinsetzung der Bischöfe in den Vollgenuß ihres Rechtes der Strafgewalt gegen Glieder der Kirche, welche kirchliche Anordnungen mißachten; 15) freier Verkehr der Bischöfe mit Rom; 16) keine Intervention der weltlichen Gewalt mehr bei Besetzung erledigter Domcapitularstellen; 17) selbstständige Verwaltung alles katholischen Kirchen- und Stiftungsvermögens, weil dieses — überall zu den Zwecken der Kirche nur bestimmte Vermögen — Eigenthum der Einen, als einiges Rechtssubject zu erkennenden katholischen Kirchengesellschaft sei, und 18) feierliche, auf die Bestimmungen des westphälischen Friedens und des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 gestützte Verwahrung gegen die Trennung der Schule von der Kirche.

Manche von diesen Forderungen sind ohne Zweifel berechtigt, andere ebenso nicht zu begründen; daher dieselben bisher nur theilweise nach und nach bewilligt sind. In Bayern, wo die vorgekommenen Conflicte meistens erledigt sind, besteht indessen nach wie vor das staatliche Hoheitsrecht, wennygleich in einer im ganzen milden Praxis. So erklären sich wenigstens die ultramontanen historisch-politischen Blätter[312]: In allen Schritten der Regierung ist das sichtliche Streben nicht zu mißkennen, den Forderungen der Bischöfe auf dem praktischen Wege gerecht zu werden, die scharfen Spitzen und Ecken der Hoheitspraxis in Kirchensachen durch factische Concessionen abzustumpfen, den Hoheitsrechten selbst eine mildere Deutung unterzulegen und sie also eigentlich nur noch in ihrem Wortlaute zu wahren, obschon diese Auffassung nichts weniger als eine allgemein getheilte ist[313]. Dasselbe Organ erklärt ferner: Die kirchlichen Rechtszustände Bayerns[314] sind sogar factisch immerhin noch besser als in irgend einem anderen teutschen Lande; denn wenn auch in Oesterreich[315] das Recht der Kirche principiell im Vollmaaß anerkannt ist und durch einen mächtigen Willen der Realisirung entgegengeführt wird, so sind damit doch die Zustände noch nicht wirklich schon umgewandelt, und Preußen mit seinem Princip der Freiheit der Kirche kann ohnehin nicht in Vergleich kommen, da man daselbst diese Anerkennung des Rechtes und der Freiheit der Kirche nur abstract und nicht concret zu nehmen gewohnt ist[316]. Mit den Regierungen der oberrheinischen Kirchenprovinz ist man römischerseits

312) Die bayerische Kirchenfrage in ihrem gegenwärtigen Stadium, in den historisch-politischen Blättern B. XXXIV (München 1854) H. V, Nr. 22. H. VI, Nr. 25. Vgl. auch den in voriger Anm. cit. Henner.

313) Das Recht der Kirche und die Staatsgewalt in Bayern seit dem Abschlusse des Concordats, Schaffhausen 1852.

314) A. a. O. H. V, S. 377.

315) Ueber Oesterreich s. m. die kaiserl. Entschließungen v. 18. u. 23. April 1850, Patent v. 31. December 1851.

316) Vgl. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 12 flg. und die Regulative vom 25. Mai und 19. November 1850 für die Provinzen Preußen und Posen u. a. m., welche den Vorwurf der abstracten Auffassung am besten widerlegen, da sie für ganz concrete Verhältnisse bestimmt sind.

natürlich noch viel weniger zufrieden. Daß dieselben auf manche bisher geübte Rechte verzichten können, ohne das Princip zum Opfer zu bringen, nach welchem der Staat sein Hoheitsrecht zur Erhaltung der Ordnung und des Friedens handhaben muß, steht bei denen fest, die ohne Befangenheit, und doch bei aller Zuneigung für die Kirche, die Verhältnisse selbst beurtheilen. Die Forderung, daß alle kirchlicherseits beanspruchte Rechte, als iuris divini vom Staate aufgegeben werden müßten[317]), beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, als ob das kanonische Recht als solches dem ius divinum gleichstehe, da es doch seinem größten Theile nach nur ius humanum ist. Die frühere Ansicht, das kanonische Recht könne mit denjenigen Bestimmungen, welche sich auf das Verhältniß von Staat und Kirche beziehen, nicht ferner als geltend betrachtet werden[318]), wird jetzt beanstandet[319]), aber aus Gründen, welche weder vom sittlichen, noch vom juristischen und politischen Standpunkte aus gebilligt werden können. Man vernimmt jetzt wieder eine Sprache von Rom her, die den Anschauungen des eilften und zwölften Jahrhunderts entspricht und denen der Staat nicht Raum geben kann, wenn er nicht auf's neue in volle Abhängigkeit von der Priesterherrschaft gerathen will. Pius IX. spricht in der Allocution vom 9. December 1854 also: Es fehlt nicht an Solchen, welche es unternehmen, die Kirche in die Schranken des Staates einzuengen und sie zu bewältigen, sie, die doch selbstständig ist und nach göttlicher Anordnung in keines Reiches Grenzen eingeengt werden, sondern nach allen Weltenden hin sich ausbreiten, alle Völker und Nationen umschließen und ihnen den Weg des Heiles vorzeichnen sollte. — Mögen sich endlich die Gegner der Freiheit der Kirche davon überzeugen, was einst der heilige Felix, unser Vorgänger, an den Kaiser Zeno schrieb: Es gebe für die Fürsten nichts Nützlicheres, als die Kirche ihre Rechte frei ausüben zu lassen, denn nichts sei heilsamer, als daß sie, wo es sich um göttliche Angelegenheiten handelt, den königlichen Willen den Priestern unterzuordnen, nicht vorzuziehen trachten.

Die evangelische Kirche fordert nicht, daß sich der königliche Wille in den Angelegenheiten, welche die Kirche für göttlich zu erklären beliebt, den Priestern unterordne. Der Bischof von Mainz v. Kettler äußert in seinem Hirtenbriefe zu den Fasten des Jahres 1852: Die Verschiedenheit der Stellung zum Staate und zur weltlichen Gewalt beruht bei den protestantischen Confessionen und der katholischen Kirche in dem Gegensatze ihrer Lehre und ihres Glaubens —. Es wäre ein Unrecht, wenn Katholiken forderten, daß die Protestanten ihr Verhältniß

317) Vgl. vor allen die Denkschrift des oberrheinischen Episcopats a. v. St.

318) S. den Art. Quellen des kanonischen und Kirchenrechtes im Rechtslexikon B. VIII, S. 767.

319) Vgl. die Wiederherstellung des kanonischen Rechtes in der oberrheinischen Kirchenprovinz. Von einem Staatsmanne außer Diensten. Stuttgart 1853.

zum Staate nach unserem Grunddogma über das Priesterthum einrichteten; es wäre aber ebenso großes Unrecht, wenn die Protestanten forderten, daß wir unsere Lehre vom Priesterthume aufgeben und der weltlichen Gewalt oder dem Landesherrn die geistliche Gewalt übertragen sollten. Der Bischof hat darin Recht, daß beide Kirchen zum Staate sich verschieden stellen, Recht auch darin, daß das Grunddogma von der Hierarchie die Autorität des Staates (schriftwidrig) beschränke; Unrecht aber darin, daß er anzudeuten scheint, es gehöre zum Wesen des Protestantismus, daß die geistliche Gewalt mit der weltlichen vereinigt sei, da dies vielmehr römisch ist, wie der Kirchenstaat selbst noch jetzt beweist. Daß das Princip der evangelischen Kirche von der entgegengesetzten Ansicht ausgehe, ist oben erwiesen. So ist auch von Zeit zu Zeit daran erinnert und die Freiheit der Kirche, aber nicht im römischen Sinne, auch nicht mit den von der römischen Kirche aufgestellten Forderungen, neuerdings begehrt worden. Der Druck des Territorialismus ist von der evangelischen Kirche schwer genug gefühlt und die Auseinandersetzung mit dem Staate beantragt. Niemals aber ist es den Evangelischen in den Sinn gekommen, die Aufhebung der staatlichen Kirchenhoheit zu verlangen, ja dieselbe nur wünschenswerth zu finden. Daß die evangelische Kirche der Obrigkeit, wenn die Vertreter derselben ihrem Bekenntnisse zugethan sind, einen Antheil am Kirchenregimente zuerkennt, das folgt aus dem Grundsatze, daß es keine Priesterherrschaft von Klerikern in ihr geben soll. Die einseitig ausgebildete Consistorialverfassung entspricht dagegen nicht den Wünschen der Evangelischen, und es ist daher auch durch die Entwickelung presbyterial-synodaler Elemente in neuerer Zeit dafür Sorge getragen, daß eine Ausgleichung erfolge. Der Staat ist aber nicht die Kirche und die Auseinandersetzung beider ist infolge der Ereignisse seit 1848 mehr und mehr angebahnt, wenngleich nicht bis in die Spitze durchgeführt. Die Sonderung des Politischen und Kirchlichen ist erkennbar in der verschiedenen Stellung der besonderen Behörden zum Oberhaupte des Staates, als Landesherrn und als Inhaber der sog. Episcopalrechte. So in Preußen das Cultusministerium und der evangelische Oberkirchenrath [320]). In Baden ist in ähnlicher Weise bestimmt worden, daß der evangelische Oberkirchenrath nur in seiner Eigenschaft als Staatsbehörde dem Ministerium des Inneren unterstellt sei, dagegen in allen inneren Kirchenangelegenheiten unmittelbar unter dem Landesherrn als Oberbischofe stehe [321]). Das Bestehen des Kirchenregimentes des evangelischen Landesherrn ist von Seiten der Landeskirche, wohl nur in sehr wenigen Fällen, und in der Zeit der allgemeinen Verwirrung, nicht für wünschenswerth

320) S. Cabinetsordre vom 29. Juni 1850, vgl. den Art. **Preußen** im Rechtslexikon B. VIII, S. 382.

321) S. Rescript des Staatsministeriums vom 21. October 1853, zur Erläuterung der Verordnung vom 5. Januar 1843 (**Moser**, allgemeines Kirchenblatt für das evangelische Teutschland 1854 Nr. 1).

oder nothwendig gehalten, und nach wieder eingetretener ruhiger Erwägung dessen Erhaltung begehrt worden[322]). Dagegen sind die Ansichten über den Umfang der im landesherrlichen Episcopate vereinigten Gerechtsame nicht überall die gleichen. Der auf die Diöcesansynoden des Jahres 1850 in Baden ergangene Erlaß des evangelischen Oberkirchenrathes vom 20. Januar 1852 ist in der Rücksicht bemerkenswerth. Es heißt darin sub F[323]): Im ganzen war es uns erfreulich, daß die Trennung der Kirche vom Staate im Sinne der teutschen Grundrechte mit ganz wenigen Ausnahmen fast gar keinen Anklang auf den Synoden gefunden hat, und wir uns in unserer Erwartung, man werde bei dieser schwierigen, mit den Interessen der evangelischen Kirche so enge zusammenhängenden Frage in den Schranken der Besonnenheit bleiben, nicht getäuscht haben. Namentlich müssen wir uns auf's entschiedenste für den Episcopat des evangelischen Landesregenten, wie er durch die Unionsurkunde Beilage B §. 2 festgesetzt ist, erklären, und werden alle denselben irgendwie beeinträchtigende Vorschläge, woher sie auch kommen mögen, ohne weiteres zurückweisen; denn damit steht und fällt unsere Unionsurkunde, deren Bestimmungen gerade in diesem entscheidenden Punkte durchaus nicht einseitig aufgehoben werden können, da sie ebensowohl ein Vertrag des Staates mit der Kirche als der Kirche mit dem Staate ist. Grundsätze, wie sie die Synode von Ladenburg aufgestellt hat, wonach der Landesregent blos Schirmherr der Kirche und Organ des Vollzuges der Generalsynodalbeschlüsse sein soll, können und werden wir nie gut heißen, geschweige irgend unterstützen. Die Unionsurkunde würde im grellen Widerspruche mit sich selbst sein, wenn sie unter der Autonomie der Kirche eine völlige oder theilweise Losfagung vom Episcopat des Landesherrn verstände. ... (Infolge einer Adresse der beiden ständischen Kammern, mit den Vertretern beider Kirchen zu berathen, wie eine größere Selbstständigkeit der Kirche zu erreichen sei, ist geantwortet) Aenderungen in den bisherigen Verhältnissen könnten nur mit Zustimmung der Generalsynode, als der Vertreterin der Landeskirche, getroffen werden. Auch in Preußen, vornämlich in Rheinland-Westphalen ist über diese Angelegenheit vielfach verhandelt worden. Schon 1844 hatten die beiden Provinzialsynoden von Rheinland und Westphalen, durch das Kirchenregiment selbst dazu veranlaßt, Vorschläge gemacht, wie die noch immer vorhandene Vermischung des Staatlichen und Kirchlichen gehoben und die Kirche selbst zu größerer Selbstständigkeit gelangen könnte. Ein Theil der empfohlenen Hilfsmittel wurde genehm gefunden, zumal auch aus anderen Provinzen gleiche Anträge gestellt waren. Kirchliche Angelegenheiten, welche von den bürgerlichen

322) So im Großherzogthum Oldenburg. M. s. die deßfallsigen Actenstücke in Moser's cit. Kirchenblatt 1852 Nr. 2, 3, 6, 9. 1853 Nr. 23—25 u. a.

323) Moser a. a. O. 1852 S. 45, 46.

Verwaltungsbehörden behandelt wurden, überließ der Staat den kirchlichen Organen, den Consistorien, Superintendenten; dazu mochte sich aber der König nicht entschließen, zu Gunsten der Provinzialkirche auf bisher geübte Rechte des Kirchenregimentes selbst zu verzichten. Seit 1848 wurden die Vorschläge erneuert und nach denselben ein revidirter Entwurf der Kirchenordnung vom 5. März 1835 ausgearbeitet. Derselbe erhielt jedoch nur soweit, durch die königlichen Erlasse vom 30. Januar 1852 und 13. Juni 1853 nebst dem Ministerialrescript vom 25. August 1853, die Bestätigung, als dadurch der bisherige Bestand des landesherrlichen Kirchenregimentes und der übrigen landesherrlichen Rechte unverändert geblieben ist[324]) Bisher ist die von allen Seiten als nothwendig anerkannte Auseinandersetzung noch nicht erfolgt und bleibt der Zukunft vorbehalten, bis die Landeskirche ihren Organismus zu einem einheitlichen ausgebildet haben wird, wofür inzwischen die Empfänglichkeit, wo es bisher daran fehlte, gestärkt und die gemachten Anfänge weiter geführt werden.

Aus dem Angedeuteten, das in ähnlicher Weise sich beinahe in allen evangelischen Landeskirchen wiederfindet, ergiebt sich, daß der Unterschied der Kirchenhoheit und des Kirchenregimentes besteht und anerkannt ist, daß aber die Grenzen beider nicht auf zufriedenstellende Art festgestellt sind und leicht in einander übergehen. Eine strengere Sonderung des ius circa sacra und ius in sacra ist gewöhnlich da vorhanden, wo die evangelische Kirche sich unter einem Landesherrn katholischer Confession befindet, sei es, daß dies von Beginn her der Fall ist oder daß ein solches Verhältniß erst durch den späteren Uebertritt des Staatsoberhauptes zur katholischen Kirche oder durch die Verschmelzung protestantischer Gebiete mit anderen Ländern, unter katholischer Regierung, herbeigeführt worden ist.

Der landesherrliche Episcopat und die darauf gegründete Kirchenverfassung hat ursprünglich die Voraussetzung, daß die Obrigkeit um des evangelischen Bekenntnisses willen Theil am Kirchenregimente erlangt. Im Augsburger Religionsfrieden wurde auch die Suspension der bischöflichen Jurisdiction der früheren geistlichen Oberen, d. h. des Episcopalrechtes überhaupt, über die Evangelischen ausgesprochen[325]): So soll die geistliche Jurisdiction ... wider der Augsburgischen Confessions-Religion, Glauben, Bestellung der Ministerien, Kirchengebräuchen, Ordnungen und Ceremonien, so sie aufgericht oder aufrichten möchten, bis zu endlicher Vergleichung der Religion nicht exercirt werden, sondern derselbigen Religion — Ordnungen u. s. w. ihren Gang lassen, — und also — bis zu — Vergleichung der Religion die geistliche Jurisdiction ruhen, eingestellt, und suspendirt sein und bleiben. Am Tage

---

324) S. Jacobson, die gegenwärtige Lage der evangelischen Kirche in Rheinland-Westphalen, in Schneider's teutscher Zeitschrift 1854 December.

325) Religionsfriede Art. XX.

der Publication des Friedens, am 24. Sptbr. 1555, hatte König Ferdinand I. noch eine besondere Assecuration gegeben, daß evangelische Unterthanen unter katholischen Landesherren bei ihrer Religionsübung ungehindert bleiben sollten [326]). Diese Declaration ging aber nicht in das Friedensinstrument über und wurde daher später nicht für verbindlich gehalten. Schon bei den Verhandlungen um den Religionsfrieden selbst hatte sich das territorialistische Princip: cuius regio eius religio geltend gemacht und wurde späterhin immer entschiedener und consequenter durchgeführt. Die Uebung episcopaler Gerechtsame kann katholischen Landesherren über Evangelische eigentlich nicht zustehen; geistlichen Landesherren darum nicht, weil ihr Episcopalrecht suspendirt ist, weltlichen katholischen Landesherren überdies auch nach den Grundsätzen ihrer eigenen Religion nicht, weil keinem Laien freisteht, iura episcopalia zu verwalten. Indessen band man sich hieran nicht und übte überall solche Rechte. Da der westphälische Friede den katholischen Fürsten das kirchliche Recht nicht beigelegt hatte, protestirte man dagegen, freilich nicht mit Erfolg, wo es nicht gelang durch Vertrag und Reversalien Freiheit von solchem Kirchenregimente zu erhalten. Insbesondre boten sich Schwierigkeiten dar, wenn das bisher im Besitze der landesherrlichen Episcopalrechte befindlich gewesene Staatsoberhaupt sein Bekenntniß wechselte. In solchen Fällen erreichte man wenigstens soviel, daß der Regent die bisher bestandene Kirchenverfassung der Evangelischen nicht anzutasten versprach, auch die Rechte des Kirchenregimentes einer besonderen evangelischen Behörde übertrug, welche in seinem Namen handelte, und die Rechte, welche er sich etwa vorbehielt, nicht anders zu üben verhieß, als nach vorher eingeholtem Gutachten der evangelischen Behörde. Nach diesen Grundsätzen sind die kirchlichen Verhältnisse der Evangelischen in Sachsen, Bayern und in anderen Ländern geordnet und im ganzen Staat und Kirche von Conflicten befreit [327]).

Die Stellung des Staates zur Kirche wird auch maßgebend für das **Verhältniß der verschiedenen Confessionen zu einander.**

Im allgemeinen hatten die einzelnen Territorien Teutschlands bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts einen mehr oder weniger stark ausgeprägten confessionellen Charakter, weshalb auch, ungeachtet der sonst reichsgesetzlich bestehenden Parität der zwei oder drei Confessionen, doch die eine oder andere Religion gewisse Vorzüge genoß, welche mehr Ausfluß besonderer Begnadigung, als des strengen Rechtes waren. Dies hat sich in der neueren Zeit geändert, indem das specifisch Confessionelle

---

326) Lehmann, de pace religionis acta lib. I. cap. XXVIII. Lünig, Reichsarchiv I, 130.

327) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht I, 789 flg. Richter, Kirchenrecht (4. Ausg.) §. 33 u. das. cit. Literatur.

dem allgemeinen Christlichen gewichen ist [328]). Von diesem Standpunkte aus vermag der Staat die Conflicte unter den verschiedenen Religionsparteien zu heben, ohne der einen oder anderen Unrecht zu thun. Da jede recipirte Confessionskirche durch die Aufnahme die Anerkennung ihres Bekenntnisses mit erlangt hat, so muß sie berechtigt sein, diesem Bekenntnisse gemäß ihr Verhalten einzurichten. Die consequente und strenge Durchführung der Principien jeder einzelnen Partei ist aber unmöglich, ohne einen Krieg Aller gegen Alle herbeizuführen. Es ergiebt sich daher die Beschränkung, mit welcher das Nebeneinanderbestehenden Mehrerer verbunden ist. Der Staat mischt sich nicht in das Dogma, so exclusiv dasselbe auch sein mag, er hindert nicht die Lehre diesem Dogma gemäß, er gestattet aber nicht die Vollziehung der exclusiven Grundsätze außerhalb der einzelnen Religionsgemeinschaft selbst. Wenn die römisch-katholische Kirche sich für die allein seligmachende in einer Weise erklärt, wie es die evangelische nicht thut [329]), so läßt der Staat diese Behauptung ungehindert predigen, aber er erlaubt nicht, daß die Kirche ihre auf Grund jenes Dogma's gestützte Jurisdiction [330]) über alle anderen ausübt. Er tritt schon strafend ein, wenn Mitglieder einer Kirche, es seien Beamte oder Nichtbeamte, über Genossen einer anderen sich in ungeziemender Weise äußern, indem sie sie als Ketzer oder mit anderen Verachtung ausdrückenden Worten bezeichnen [331]).

---

328) S. (Hundeshagen) der teutsche Protestantismus, seine Vergangenheit und seine heutigen Lebensfragen, Frankfurt a. M. 1847. **Bluntschli**, allgem. Staatsrecht, München 1852 a. v. St.

329) **Luther**, der entschiedenste Gegner der römischen Kirche, sagt: Sehe ich, daß sie Christum predigen und bekennen, als von Gott dem Vater gesandt, daß er uns durch seinen Tod gegen ihn versöhnen und Gnade erlangen soll, so sind wir der Sachen eins und halte sie für meine lieben Brüder in Christo und Glieder der christlichen Kirche. Wie dennoch auch unter dem Pabstthum diese Predigt ist blieben nach dem Text, sammt der Taufe und Sacrament Christi und Artikeln des Glaubens u. s. w., obwohl viel Irrthümer und Abwege daneben eingeführt sind, doch auf dem Todbette viel Leute dadurch erhalten sind, so von dem andern falschen Vertrauen gefallen und sich allein zu Christo gehalten und denselbigen im Glauben bekannt haben; daß dennoch die rechte Kirche nie ist untergegangen (Auslegung des Ev. Joh. XVI, 1, 2, in den Werken von **Walch** VIII, 486). Damit vergleiche man statt vieler nur eine Aeußerung, wie folgende: Quisquis a Catholica Ecclesia fuerit separatus, quantumlibet laudabiliter se vivere existimet, hoc solo scelere, quod a Christi unitate disiunctus est, non habebit vitam, sed ira Dei manet super eum (Encyclica Leo's XII. v. 2. Juli 1826, Gregor's XVI. vom 15. August 1832 u. a. m.). Vgl. **Bonifacius** VIII.: Unam sanctam. S. oben.

330) Da die Taufe der Ketzer eine wahre ist (Conc. Trid. sess. VII. de baptism. can. 4.), alle Getauften aber von der Kirche gezwungen werden können, ihre Gesetze zu erfüllen (l. c. can. 7. 8. 14.) u. a. Vgl. überhaupt **Mejer**, die Propaganda, ihre Provinzen und ihr Recht (Göttingen 1852) I, 10 flg.

331) Vgl. I. P. O. art. V. §. 35. Edict für Schlesien vom 28. August 1742 (**Korn**'sche Edictensammlung I, 171). Verb. **Simon** und v. **Strampff**, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe B. I (Berlin 1828) S. 377. A. **Kunert**, Mein Criminalproceß, Mainz 1847.

Daraus erklärt sich auch das Verbot der Controverspredigten. Die Reformation gab Anlaß zu gegenseitigen heftigen Angriffen durch Wort und Schrift. Es bedurfte deshalb besonderer Verordnungen, welche dabei Maaß und Ziel setzten. Dies geschah durch den Nürnberger Reichsabschied von 1524, den Reichsabschied zu Speyer von 1529 §. 8, 9, zu Augsburg 1530 §. 54 flg. u. v. a. In dem von 1530 heißt es darüber: Es haben die Geistlichen „in ihren Predigen zu vermeiden und zu unterlassen, was zu Bewegung des gemeinen Mannes wider die Obrigkeit — oder gegen einander zu verhetzen dienen und Ursach geben möcht. — Darzu Schimphirens, Schmähens und Lästerns sich zu enthalten". Auch später ist dies Verbot oft erneuert[332]) und im Partikularrechte wiederholt worden[333]). Ein Kampf mit Waffen des Geistes und innerhalb der Grenzen der anerkannten Bekenntnißprincipien ist dadurch nicht verboten[334]). Indem auch der Uebertritt aus einer Gemeinschaft in die andere erlaubt ist, steht es jeder Religionsgesellschaft frei, durch Erweckung der Ueberzeugung von der Wahrheit, die in ihr enthalten ist, andere zu gewinnen; dagegen ist jede sonstige Proselytenmacherei, d. i. Verleitung zum Uebergange durch List, Zwang u. s. w., strafbar[335]). Indem die verschiedenen Religionsparteien von einander unabhängig sind, kann auch Niemand genöthigt werden, an den religiösen Handlungen einer anderen als seiner Confession sich zu betheiligen[336]); dagegen kann aber auch nicht mit Zwang gefordert werden, daß eine Religionsgesellschaft zu Gunsten der Mitglieder einer anderen heilige Gebräuche vollziehen, also gemischte Ehen einsegnen, Trauergottesdienste halten lasse u. dergl. mehr[337]), oder ihre Anstalten

---

332) S. Passauer Vertrag §. 8. Augsburger Religionsfriede Art. 15, 16. I. P. O. art. V. §. 50. u. a.

333) S. z. B. Religionsvergleich für Jülich-Cleve vom 26. April 1672 Art. X, §. 10 und darauf gegründete spätere Edicte (s. Jacobson, Geschichte des evangelischen Kirchenrechtes von Rheinland-Westphalen S. 178, 351 u. a. Preußisches Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 38. Strafgesetz vom 14. April 1851 Art. 135.

334) M. s. die Urtheile der Gerichte in Sachen des Pfarrers Heinrich zu Langerfeld, Beyschlag zu Trier, Professor Huschke zu Breslau von 1854.

335) Preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 43. Bayerisches Edict vom 26. Mai 1818 §. 8. Edict für Sachsen-Weimar vom 7. October 1823 §. 60 u. a.

336) Das cit. bayer. Edict verfügt §. 82: Keine Kirchengesellschaft kann verbindlich gemacht werden, an dem äußeren Gottesdienste der anderen Antheil zu nehmen. Kein Religionstheil ist demnach schuldig, die besonderen Feiertage des anderen zu feiern, sondern es soll ihm freistehen, an solchen Tagen sein Gewerbe und seine Handthierung auszuüben, jedoch ohne Störung des Gottesdienstes des anderen Theiles u. s. w. Nicht immer ist daran mit aller Strenge festgehalten. M. s. Jacobson, das Verbot der Gustav-Adolf-Vereine und die Kniebeugung der Protestanten in Bayern, Leipzig 1844. Vgl. Phillips, Kirchenrecht B. III, S. 553, 554.

337) Vgl. Schöttl, die gegenseitige Gemeinschaft in Culthandlungen zwischen Katholiken und Akatholiken, mit Berücksichtigung der jetzigen Zustände in Teutschland u. s. w., Regensburg 1853.

einer anderen Partei zur Benutzung überlasse (Simultaneum der Kirchen, Kirchhöfe, Glocken u. s w.). Vertragsmäßig oder nach besonderen Gesetzen kann eine solche Gemeinschaft dagegen bestehen[338]), auch kann der Staat aus landespolizeilichen Rücksichten die Anordnung treffen, daß ein beschränkter Mitgebrauch eintrete. So bestimmen die Gesetze, daß wenn ein Religionstheil keinen eigenen Kirchhof besitzt oder nicht bei der Theilung des gemeinschaftlichen Kirchenvermögens einen für sich anlegt, der im Orte befindliche als ein gemeinschaftlicher Begräbnißplatz für sämmtliche Einwohner des Ortes zu betrachten ist, zu dessen Anlage und Unterhaltung aber auch sämmtliche Religionsverwandte beitragen müssen[339]). Ein Pfarrzwang kann von einem Religionstheile gegen den anderen nicht geübt werden. Ausnahmen, welche bisher bestanden, sucht der Staat zu beseitigen[340]); dagegen werden Reallasten dadurch natürlich nicht berührt, wie Zehnten und andere derartige Leistungen[341]).

Das Verhältniß der Lutheraner und Reformirten, ursprünglich ein feindseliges, später ein wohlwollendes, ist in neuester Zeit wieder ein gespanntes geworden. Die hie und da, besonders seit dem Reformationsjubiläum 1817 und 1830 angebahnte Union, ist wieder in Auflösung begriffen und selbst die Conföderation von exclusiven Eiferern für unzuläßig erklärt[342]). Dagegen hält der Staat den Unionsgedanken noch aufrecht, wie er z. B. im preußischen Landrechte ausgedrückt ist: Protestantische Kirchengesellschaften des Augsburgischen Glaubensbekenntnisses sollen ihren Mitgliedern wechselseitig die Theilnahme auch an ihren eigenthümlichen Religionshandlungen nicht versagen, wenn dieselben keine Kirchenanstalt ihrer eigenen Religionspartei, deren sie sich bedienen können, in der Nähe haben[343]).

Je mehr die verschiedenen Confessionen es vergessen, daß etwas Gemeinsames, über allen Stehendes vorhanden ist, je heftiger sie einander befehden, desto nothwendiger wird die Auseinandersetzung von Staat

---

338) Vgl. über den Simultangebrauch der Kirchen das cit. bayer. Edict §. 90 flg.

339) S. preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 189, Declaration des Staatsministeriums vom 18. März 1844, Verordnung vom 15. März 1847 u. a. (s. Mittheilungen aus dem Ministerium der Geistlichen- und Unterrichtsangelegenheiten, Berlin 1847, Heft I, S. 40 flg.). Bayer. Edict v. 1818 §. 100 flg. Vgl. I. P. O. art. V. §. 35.

340) So ist erst durch Gesetz vom 9. Mai 1854 die Aufhebung des Pfarrzwanges evangelischer Pfarreien gegen Katholiken und katholischer Pfarreien gegen Evangelische erfolgt. Ueber frühere derartige Verhältnisse, die zum Theil noch bestehen, s. m. Richter, Kirchenrecht §. 62.

341) S. Eichhorn, Kirchenrecht I, 651—653.

342) Vergl. z. B. Wolff, die lutherische Kirche und die nordteutschen Missionsgesellschaften, Stade 1843. Kahnis, die Sache der lutherischen Kirche gegenüber der Union, Leipzig 1854. S. dagegen Nitzsch, über Conföderation und Union, in Schneider's teutscher Zeitschrift 1850 Nr. 13, 14. Schöberlein, über Confession und Union, in Ullmann und Umbreit theologischen Studien und Kritiken 1853, Heft III, S. 537 flg.

343) Th. II, Tit. XI, §. 39.

und Kirche, damit keine Religionspartei, indem der Staat mit ihr zusammenfällt, eine Macht erlange, um die übrigen zu beherrschen. Der Staat darf nicht mehr, wie früher, ein confessioneller, er muß ein christlicher sein, da der Friede zwischen ihm und der Kirche selbst nur so bestehen kann, da auch der Friede unter den Confessionen nicht anders aufrecht zu halten ist. Der Staat darf nicht zur Kirche, aber ebensowenig die Kirche zum Staate werden.

H. F. Jacobson.

Staatspapiere; Papiere auf jeden Inhaber lautend; Papiergeld; Geld; Vermögen. Die erhöhten Bedürfnisse eines über alle Lande der Erde verbreiteten Handelsverkehres und die der modernen Staaten haben zwei Schöpfungen in's Leben gerufen, die den Alten völlig unbekannt waren und welche für das Rechtsleben ganz ebenso bedeutend geworden sind, wie für das Verkehrsleben, dem sie ihre Entstehung verdanken. Es sind dies der Wechsel, mit seinen abgewandelten Formen der Banknote und des Papiergeldes, und die Staatsschuldverschreibung mit ihren Nachfolgern, den Actien und Prioritätsactien. Das rechtliche Wesen weder der einen noch der anderen dieser Schöpfungen ist zu verstehen, ohne die genaueste Feststellung des Begriffes vom Gelde, und um zu jener zu gelangen, müssen wir von dieser ausgehen. Die erschöpfendste Darlegung dieser Verhältnisse ist unzweifelhaft in Savigny's System des Obligationenrechtes enthalten, dem wir im allgemeinen folgen, ohne uns jedoch in allen Punkten an seine Entwickelungen zu binden.

Das Geld ist zuerst ein Werkzeug zur Messung des Werthes aller einzelnen Sachen und steht in dieser Beziehung auf gleicher Stufe mit allen anderen Meßwerkzeugen, wie der Elle, dem Pfunde, der Kanne, dem Scheffel. Diese, soweit einzelne Werthe nur untereinander verglichen werden, dienen ebenfalls als Werthmesser, indem z. B. dreißig Ellen den dreißigfachen Werth einer Elle desselben Stoffes haben, während das Geld sich dadurch von denselben unterscheidet, daß es den allgemeinen Werthmesser bildet.

Diesen Dienst leistet es, indem es den ihm beigelegten Werth zugleich in sich schließt und so nicht blos als Werthmesser, sondern auch als Stellvertreter aller anderen Vermögensbestandtheile sich darstellt. Begreift man mit Savigny das Vermögen, als die privatrechtliche Macht einer Person über Stücke der äußeren Welt, Eigenthum, so verleiht das Eigenthum des Geldes dieselbe Macht, welche die durch dasselbe gemessenen und vertretenen Theile des Vermögens überhaupt zu verleihen im Stande sind und somit erscheint das Geld als das Mittel, alle Theile des Vermögens in Quantitäten, d. h. in Sachen aufzulösen, welche innerhalb einer bestimmten Gattung keinen Werth als Einzelnheiten, sondern nur nach Zahl, Maaß oder Gewicht haben, in der Art, daß die Unterscheidung der einzelnen Stücke in rechtlicher

Beziehung vollkommen gleichgiltig erscheint. So gewährt das Geld seinem Eigenthümer eine allgemeine auf alle Gegenstände des privatrechtlichen Verkehres anwendbare Vermögensmacht und ist zugleich der selbstständige Träger dieser Macht, indem es befähigt ist, alle besonderen Bestandtheile des Vermögens zu vertreten, wodurch es geschieht, daß die dem Gelde inwohnende Macht von besonderen Fähigkeiten und Bedürfnissen unabhängig ist und demgemäß für Jeden und unter allen Umständen gleiche Brauchbarkeit hat.

Diese Eigenschaft des Geldes beruht auf der Allgemeinheit der Anerkennung des Geldwerthes und setzt dieselbe voraus, so daß es dieselbe mit Nothwendigkeit verlieren würde, wo etwa dasselbe unbekannt wäre und ein besonderer Gegenstand die Stelle desselben verträte. Nur weil und soweit Jeder weiß, daß jeder Andere bereit sein werde, Geld von ihm zu demselben Werthe, zu dem er es empfängt, wieder anzunehmen, wird er selbst zu der Annahme desselben sich verstehen.

Dieses Vertrauen ist so unbedingt die Grundlage des Geldes, daß auf der einen Seite auch der an sich werthloseste Gegenstand zu Geld erhoben werden kann, wenn zwischen Nehmer und Geber dieses Vertrauen besteht, während andererseits auch die mächtigste Regierung und die härtesten Strafen dasselbe nicht zu erzwingen vermögen, wie dies die Assignaten der französischen Republik klärlich zu Tage gestellt haben. Wenn daher Savigny die Vermittelung der Staaten als Bedingung solcher Anerkennung aufstellt, so scheint dies nicht ganz richtig, obschon er die Wirksamkeit von der Anerkennung der öffentlichen Meinung abhängig erklärt; denn bei weitem der größte Theil des im Weltverkehr gebrauchten Geldes, die Wechsel, entbehren der Vermittelung des Staates, und eine Münze, die Rothschild schlüge, dürfte für jetzt zweifellos ein viel größeres Vertrauen genießen, als die Münze mehr als eines bestehenden Staates. Jedenfalls aber bleibt soviel gewiß, daß durch das Fortbestehen der Staaten, bei der Veränderlichkeit aller Personen und aller die Persönlichkeit ersetzenden Einrichtungen, die Bürgschaft des Staates, daß eine bestimmte Menge Geldes einen bestimmten Werth habe, allgemeineren Glauben finden wird, und daß es andererseits ein unbedingt und überall anerkanntes Vorrecht des Staates ist, bestimmte Metallstücken nach Gehalt und Gewicht zu bezeichnen und so, vermöge des Münzrechtes, nicht nur Geld im engeren Sinne zu schaffen, sondern auch anderes Geld von seinen Grenzen auszuschließen, und so durch ein Verbot fremden Geldes mittelbar ein Bedürfniß des eigenen Geldes zu erzeugen, welches in gewisser Weise und in einem gewissen beschränkten Kreise die Stelle des Vertrauens zu ersetzen vermag.

Als Stoff des Geldes im engeren Sinne, oder der Münzen sind schon seit den ältesten Zeiten vorzugsweise die Metalle, Kupfer, Zinn, Messing, insbesondre aber Gold und Silber und in neuester Zeit in Rußland, ohne Einfluß auf den Weltverkehr, die Platina benutzt worden. Die Wahl dieser Stoffe ist durch ihre Eigenschaften natürlich bedingt

gewesen und haben dazu vorzugsweise ihre Dauer, ihre Seltenheit, ihre Theilbarkeit und ihre allgemeine Brauchbarkeit beigetragen. Die erste Eigenschaft macht sie fähig, lange Zeit aufbewahrt zu werden, ohne daß sie dem Verderben ausgesetzt wären; die zweite giebt ihnen den hohen Werth, nach welchem sie verhältnißmäßig und mit anderen Gegenständen verglichen, einen sehr beschränkten Raum einnehmen; die dritte macht sie geeignet, jeden erforderlichen Werth von dem geringsten bis zu dem höchsten in edlen Metallen darzustellen, während endlich die vierte die Geneigtheit der Menschen vermehrt, dieselben für andere Werthe anzunehmen, insofern die Nachfrage vorzugsweise durch die verschiedenartige Verwendbarkeit herbeigeführt wird. Zu allen diesen Eigenschaften gesellte sich später noch die Härte und Dehnbarkeit der edlen Metalle, wodurch dieselben vor allen anderen Dingen befähigt wurden, die dauernde Bezeichnung ihres Gewichtes und des dadurch bedingten Werthes aufzunehmen, als wodurch der Gebrauch der edlen Metalle als Münzen überhaupt möglich und hernachmals allgemein wurde.

Durch die Ausmünzung, welche ausnahmslos als ein Regierungsrecht des Landesherrn gilt, übernimmt derselbe die Bürgschaft dafür, daß eine Münze das ihr herkömmlich oder gesetzlich oder übereinkünftlich zukommende Gewicht an edlem Metalle rein oder in einer bestimmten Mischung wirklich enthalte, und auf dem öffentlichen Zutrauen zu dieser Versicherung beruht der Umlauf der Münze, welcher sich oft weit über die Grenzen des Ursprungslandes erstreckt. So sind die sächsischen und österreichischen Speciesthaler, die französischen Fünffrankstücke, die englischen Sovereigns und die amerikanischen Dollars über weite Strecken der Erde verbreitet und werden an vielen Orten willig genommen, wo vielleicht die Lage und Existenz ihrer Münzstätten völlig unbekannt ist. An sich sind sowohl die Gewichtsmengen wie die Mischungsverhältnisse der Münzen völlig gleichgiltig, sobald nur beides der Wahrheit gemäß angegeben wird. Allein da verschiedene Ausprägung verschiedene Werthe und die Vergleichung derselben mühsame Berechnungen bedingt, so sind theils durch Gewohnheit, theils durch ausdrückliche Uebereinkünfte bestimmte Gewichte angenommen worden, welche allgemein dem Münzgewichte zu Grunde gelegt zu werden pflegen, und zwar die Mark Kölnisch, welche ein halbes Zollpfund oder 233,855 fr. Grammen wiegt und welche für das Gold in 24 Karat zu 12 Grän, für das Silber in 16 Loth zu 18 Grän, mithin für beide in 288 Grän eingetheilt wird.

Die wichtigste ältere Münzconvention ist die vom 20. September 1753, welche zwischen Oesterreich und Bayern geschlossen wurde und nach welcher die feine Mark zu 20 Gulden ausgeprägt wurde. Von dieser hat der noch jetzt in Oesterreich übliche Conventionsfuß den Namen. Wichtiger noch sind die Münzconventionen, welche unter dem 30. Juli 1838 zwischen den teutschen Zollvereinsstaaten und unter dem

19. Februar 1852 zwischen diesen und Oesterreich abgeschlossen worden sind und in nächster Zeit eine weitere Vollendung durch Annahme eines allgemein giltigen Systems erhalten sollen.

Von großer Bedeutsamkeit ist insbesondre auch das französische sog. Decimalsystem geworden, welches durch Gesetz vom 28. März 1803 eingeführt, auch in Belgien, der Schweiz und in Italien Annahme gefunden hat. England ist in der Umgestaltung seines Münzsystems begriffen und die vereinigten Staaten rechnen nach Dollars, von welchen $9^1/_5$ Stück auf die Mark fein gehen und welche in 100 Cents getheilt sind.

Ein wesentliches Hinderniß für Einführung einer Weltmünze ist der Umstand, daß einige Staaten die Silbermünzen, so das ganze Festland von Europa und Amerika, mit alleiniger Ausnahme von Bremen, andere, wie England, die Goldmünze als allgemeinen Werthmesser eingeführt haben, während einige wenige, wie Preußen, beide Münzen nach einem gesetzlich bestimmten Verhältnisse benutzen.

Die Thatsache inzwischen, daß die edleren Metalle nicht blos Werthmesser, sondern auch Waaren sind, deren Preis von der Nachfrage bedingt ist, giebt Veranlassung nicht nur, daß das Verhältniß des Preises gegeneinander, sondern auch im Vergleich zu allen übrigen Gegenständen wechselt und ihr Werth, da die Zerstörung derselben mit dem Ausbringen nicht gleichen Schritt hält, in einem fortdauernden Sinken begriffen ist. Aus dieser Erscheinung und aus der zweiten, daß die Regierungen selbst bei der Ausprägung ihrer Münzen nicht immer nach gleichen Grundsätzen verfahren und den Werth der Münzen allmälig verringert haben, entsteht nun die Frage, welches der eigentliche Gegenstand einer Geldschuld sei.

Das Geld läßt einen dreifachen Werth unterscheiden: den Nennwerth, den Metallwerth und den Kurswerth. Der erste ist der, welcher einer Münze von dem Münzherrn beigelegt wird. Bei einem gesunden Zustande des Geldwesens fällt derselbe mit dem Metall- und Kurswerthe zusammen und verliert, wo dies nicht der Fall ist, jede Bedeutung, wie dies insbesondre die preußischen Zwölfteltaler aus den Jahren von 1752 und die Kronenthaler bewiesen haben, die den angeblichen Werth nicht wirklich enthielten.

Unter dem Metallwerthe wird der in jeder Münze enthaltene Werth an reinem Metall verstanden, welcher nach Schrot und Korn, dem Gewichte und dem Grade der Reinheit, verschieden sein kann. Jener ist erkennbar durch die Waage, dieser durch die chemische Untersuchung und wird eben durch die Ausprängung als richtig verbürgt. Da es unmöglich ist, jede einzelne Münze völlig richtig herzustellen, so wird in der Regel eine Abweichung gestattet, welche sich erst in größeren Summen wieder ausgleicht. Geringere Ausprägung ist als reiner Betrug zu betrachten und mindestens als zwecklos ist der Abzug der Münzkosten von dem Werthe der Münze anzusehen, da dieselben auf dem Weltmarkte nothwendig um soviel weniger gelten.

Andere Verschlechterungen der Münze, die theils durch unvollkommene Ausführung, theils durch absichtliche Verringerung ihres Werthes, ehedem blos durch Beschneidung, Kippen, in neuerer Zeit durch Anwendung der verschiedensten Mittel herbeigeführt, theils auf dem natürlichen Wege der Abnutzung durch langen Gebrauch verursacht werden, sind Veranlassung, daß auch ursprünglich richtige Münzen nach und nach an dem Metallwerthe verlieren, welchen sie haben sollten, wo sie dann ebenfalls nur noch nach ihrem Gewichte und nicht mehr nach ihrem Nennwerthe genommen zu werden pflegen.

Die dritte Schätzung, welcher das Geld unterliegt, ist der Kurswerth, wobei die Münzen eben nur als Waare in Betracht kommen, und welcher von der Nachfrage bedingt ist. Er ist eben deshalb nicht an die Grenzen der einzelnen Staaten gebunden und kann die stärksten Schwankungen erfahren. In rechtlicher Beziehung kommt derselbe nur insoweit in Betracht, als er mit einem festen Werthe verglichen werden kann, und dies ist der Preis des Goldes und Silbers, welcher deshalb in den Kurszetteln aller größeren Handelsplätze angegeben zu werden pflegt, im Nothfalle aber auch durch den Preis jeder Münze, die ein bleibendes Verhältniß zu dem Gold- und Silberwerthe hat, ermittelt werden kann. Nur einzelne Volkswirthschaftslehrer haben in dem Preise des Getreides einen noch sichereren Maßstab für den wahren Werth der Münzen gesucht; dies jedoch mit Unrecht, da jene Preise weit örtlicher zu sein pflegen und in längeren Zeiträumen weit größeren Schwankungen als die edlen Metalle unterworfen gewesen sind.

Nun liegt auf der Hand, daß ein vollkommen gesunder Zustand des Geldwesens nur da vorhanden ist, wo alle drei Werthe des Geldes, der Nennwerth, der Metallwerth und der Kurswerth, völlig übereinstimmen. Bedeutende Abweichungen sind stets mit großen Vermögensverlusten verbunden und kommen in der Regel nur vor, wo Regierungen betrügerischer Weise ihren Münzen einen falschen Nennwerth beigelegt haben, denn Kurswerth und Metallwerth unterliegen nur vorübergehenden Abweichungen, die sich schnell wieder ausgleichen, sei es durch Ausfuhr, sei es durch Verarbeitung der edlen Metalle zu Gegenständen des täglichen Gebrauches.

Durch diese Feststellungen ist nun der Weg gebahnt, zu der Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, worin der wahre Inhalt einer Geldschuld besteht und in welcher Summe eine früher entstandene Geldschuld zu tilgen ist. Lassen dieselben keinen Zweifel übrig, daß das Geld unter die Quantitäten gehört, sofern unter den einzelnen Stücken einer Münze so wenig ein Unterschied ist, wie unter verschiedenen Körnern derselben Getreideart, daß ferner die einzelnen Geldstücke an sich nicht unterscheidbar und — sofern im Ausgeben der wahre und richtige Gebrauch derselben besteht — im rechtlichen Sinne verbrauchbar sind, wodurch die Verfolgung früheren Eigenthums ebenso unthunlich wird, als wenn sie körperlich aufgezehrt wären, so ergiebt sich, daß die Unter-

scheidung einzelner Stücke rechtlich ebenso unmöglich als gleichgiltig erscheint, woraus sich weiter ergiebt, daß dieselbe Regel wie für die Quantitäten im allgemeinen festgehalten werden muß. Nichtsdestoweniger würde man irren, wollte man annehmen, daß im Zweifel der Schuldner die Wahl haben müßte, in welcher Geldart er zahlen wolle. Diese Regel, nach welcher generische Schulden behandelt werden, setzt den Fall absichtlicher Unbestimmtheit voraus, deren Ergänzung dem Gutfinden des Schuldners überlassen ist. Ein Pferd, ein Scheffel Weizen u. s. w. enthalten solche Unbestimmtheiten. Allein dieser Fall tritt nie bei Geldschulden ein, bei welchen die Contrahenten stets an einen ganz bestimmten Werth denken und nur dieser Werth selbst streitig werden kann. Hieraus folgt, daß die Frage nicht nach der Regel von den generischen Verbindlichkeiten, sondern nach der Regel über die Auslegung der Geldgeschäfte zu entscheiden ist. In dessen Gemäßheit nimmt die zu lösende Frage die Gestalt an, ob der Inhalt einer Geldschuld zu verstehen ist von dem Nennwerthe, dem Metallwerthe oder dem Kurswerthe der benannten Geldsumme, und es leuchtet zugleich ein, daß dieselbe müssig ist bei dem gesunden Zustande des Geldwesens, wo diese Werthe übereinstimmen.

Erst wenn in dem Werthe einer Münze aus irgend einem Grunde eine wesentliche Veränderung innerhalb der Zeit eingetreten ist, wo die Schuld entstanden und wo sie heimgezahlt werden soll, wird diese Frage von Bedeutung und sie gewinnt diese Bedeutung vorzugsweise in Beziehung auf die Geldschuld, weil bei dem Darlehen weniger ankommt auf die mögliche Verschiedenheit in den Gedanken der vertragschließenden Parteien, als auf die Festhaltung der allgemeinen Rechtsregel, daß die Beschaffenheit des ursprünglich empfangenen Stoffes maßgebend ist für die Beschaffenheit der Zurückzahlung.

Savigny entscheidet sich für den Kurswerth aus folgenden durchaus zu billigenden Gründen. Das Wesen des Geldes besteht in der Macht, die es seinem Eigenthümer auf alle verschiedenen Bestandtheile des Vermögens gewährt, und diese Macht beruht auf allgemeiner Anerkennung.

Von dieser Anerkennung hängt es ab, wie hoch sich der einer bestimmten Summe beizulegende Werth beläuft und gerade dies ist die Natur des Kurswerthes, so daß derselbe sich als Maßstab für den Inhalt einer Geldschuld in nothwendiger Folgerung aus der allgemeinen Natur des Geldes herausstellt. Der Nennwerth kann es nicht sein, weil sich derselbe nicht gleich bleibt, auch in der Regel die Thätigkeit des Münzherrn sich darauf beschränkt, ein thatsächlich bestehendes Verhältniß anzuerkennen, wie dies oben nachgewiesen worden ist. Der Grund, daß der Münzherr als Gesetzgeber die Regel zu bestimmen habe, fällt weg, wo die Bestimmung der Münze nicht durch ein Gesetz erfolgt oder wo dieses Gesetz die Einwohner nicht ausdrücklich verpflichtet, die Münze für den ihr beigelegten Werth anzunehmen und zu verausgaben.

Wo dies freilich der Fall ist und ein sog. Zwangskurs gesetzlich festgesetzt worden ist, da unterliegt es keinem Zweifel, daß der Richter daran gebunden ist, auch wenn er dasselbe für ungerecht halten sollte.

Ebensowenig darf der Metallwerth als wahrer Inhalt einer Geldschuld betrachtet werden, weil neben dem Metallgelde auch anderes Geld thatsächlich vorhanden ist, welches zum Theile gar keinen Metallwerth hat, so daß die Zulassung desselben keine durchgreifende Entscheidung darbieten würde, an welcher doch vor allen Dingen gelegen ist. Zweitens würde dieser Grundsatz lediglich auf das reine Darlehen anwendbar sein, wo etwa der Schuldner dasselbe Gewicht, welches er zurückgeben soll, wirklich empfangen hat, wogegen er auf alle anderen Geschäfte, wo etwa etwas anderes gegeben worden ist, keine Anwendung leidet.

Es versteht sich von selbst, daß diese Regeln reine Geldschulden, das heißt solche Schulden voraussetzen, deren Gegenstand das Geld als solches ist. Wo diese Voraussetzung fehlt, leiden die aufgestellten Rechtsregeln theils überhaupt keine Anwendung, theils Abänderungen, je nach der Natur der Verträge und der Verhältnisse, und die Eigenschaft des Geldes tritt erst dann wieder hervor, wo es sich um Entschädigung einer Sache handelt, die nicht mehr vorhanden ist.

Nach ganz abweichenden Grundsätzen sind die Fälle zu behandeln, wo nicht das Metall, aus welchem die Münze geschlagen ist, sondern wo das einzelne Geldstück als Waare betrachtet wird, wie bei dem Einkaufe von besonderen Münzen für wissenschaftliche Sammlungen oder bei der Einrufung verrufener Münzsorten zum Einschmelzen.

Ebenso ist zu bemerken, daß die aufgestellten Rechtsregeln keine unbedingte Geltung haben, sondern daß es den Parteien gestattet ist, abweichende Verabredungen zu treffen; sie enthalten eben nur die Regeln, nicht die Ausnahmen.

Sehr häufig sind die Verträge, wo bestimmte Geldsorten versprochen werden, was zuerst geschehen kann, nur um geringere Sorten auszuschließen, dann aber auch um wirklich die genannte Münzsorte zurückzuerhalten. Wird z. B. in Ducaten versprochen, so wird der Vertrag von den im Verkehr üblichen verstanden, und sind mehrere gleich gewöhnlich, so tritt die Regel der generischen Obligation ein, nach welcher dem Schuldner die Wahl freisteht. Das Versprechen von Thalern in Gold gilt von Pistolen zu 5 Thalern, während die Auswahl unter verschiedenen Sorten von Pistolen nach derselben Regel geschieht.

Ist die im Vertrage genannte Sorte aus dem Verkehre verschwunden, so tritt auch in diesen Fällen der Kurswerth ein, an dessen Stelle der Metallwerth tritt, wenn jener etwa nicht mehr zu ermitteln sein sollte; es wird nicht angenommen, daß die Parteien die Absicht gehabt haben könnten, für einen bei Abschluß des Vertrages nicht vorauszusehenden Fall dem Schuldner unerschwingliche Lasten aufzuerlegen.

So bedeutend nun auch die Verkehrserleichterung war und ist, welche durch das Vorhandensein und die allgemeine Anerkennung eines allgemeinen Werthmessers erzielt wird, so erwies sich dieselbe doch schon in früher Zeit, als der Handel einen weiteren Aufschwung nahm, als unzureichend und es mußte auf Einrichtungen gedacht werden, durch welche den Ansprüchen des erweiterten Verkehres genügt würde. Dazu dienten am Orte die gegenseitigen Abrechnungen oder Scontrirungen, für den auswärtigen Handel Zahlungsanweisungen, welche nach erfolgter Annahme des Assignaten, als Wechsel, in die Stelle des wirklichen Geldes traten und als Zahlungsmittel gegeben und empfangen wurden. Wie allmälig auch der Wechsel mit seinem eigenthümlichen Rechte sich ausgebildet haben mag, so hat doch bereits Einert im Jahre 1824 mit vollster Bestimmtheit nachgewiesen, daß die ursprüngliche Idee des Wechsels der Gedanke war, einen wirklichen Stellvertreter des Geldes zu schaffen, womit auf das engste die Thatsache zusammenhängt, daß sich fast aller Orten ein von den geprägten Zahlmitteln verschiedenes Wechselgeld ausbildete, welches von dem Gehalte des gemünzten Geldes unabhängig, sich mehr als dieses zu der Vermittelung eines Weltverkehres eignete.

Auf das Wechselrecht einzugehen ist hier nicht der Ort, indem es eine ganz eigenthümliche Entwickelung genommen hat und für Teutschland durch die in allen teutschen Staaten angenommene allgemeine teutsche Wechselordnung wenigstens zu einem vorläufigen Abschlusse gediehen ist.

In nächster Verbindung mit der Erscheinung der Wechsel stehen die Börsen, als eigentliche Wechselmärkte, und die Banken, welche entweder die Zahlungen bedeutender Wechselplätze durch bloße Ab- und Zuschreibungen vermittelten, Depositenbanken, wie die Hamburger, oder auch über die bei ihnen niedergelegten Gelder Zettel ausgaben, mit der Verbindlichkeit, dieselben auf jedesmaliges Verlangen und an jeden Vorzeiger gegen baares Geld einzulösen, Zettelbanken. Es ist hierbei bemerkenswerth, daß die Zettel der ältesten Banken, so z. B. der englischen Bank, noch die Form der Wechsel an sich tragen und daß erst in neuerer Zeit eine einfache Zahlungsversicherung an deren Stelle getreten ist.

Sehr bald wurde die Wahrnehmung gemacht, daß die Banknoten den Inhabern so große Bequemlichkeiten darboten, daß nur in seltenen Fällen die Einlösung derselben gegen baares Geld verlangt wurde und daß, um dem wirklichen Verlangen zu genügen, es hinreiche, eine höchst mäßige Summe in Vorrath zu haben. Diese Erfahrung wurde in der doppelten Weise ausgebeutet: einmal, insofern die zur Einlösung der Banknoten bestimmten Gelder zu anderen Zwecken verwendet, und zweitens, insofern die Masse der ausgegebenen Banknoten außer allem Verhältnisse zu dem Baarvorrathe vermehrt wurde. Dieser Mißbrauch eines leichtgewonnenen Vertrauens führte in der Kindheit der Banken noch

zu förmlichen Bankerotten, wie es mit der Bank von Law in Paris wirklich der Fall war und in Amerika noch alle Tage vorkommt. In späteren Zeiten, wo sich namentlich die Regierungen der bei den Banken angelegten Gelder zu bemächtigen wußten, ersetzte ein nicht minder verwerfliches Mittel die Bankerotte, der sog. Zwangskurs, vermöge dessen den Banknoten, welche von den Banken nicht mehr eingelöst werden konnten, gesetzlich der Werth beigelegt wurde, den sie im regelmäßigen Verlaufe der Dinge nur als Stellvertreter der zu ihrer Einlösung hinterlegten Gelder behaupten können. Indessen haben England so wenig als Oesterreich oder Frankreich vermocht, den Zwangskurs seiner entwertheten Noten aufrecht zu erhalten und in beiden Ländern sind unermeßliche Summen auf diesem Wege verloren gegangen. Während jedoch England es nach und nach erreichte, ohne eigentlichen Bankerott, die Baarzahlung seiner Noten wieder aufzunehmen, sah Oesterreich, welches im J. 1805 die Summe von 1060 Millionen im Umlaufe hatte, sich genöthigt, den Werth derselben um vier Fünftheile herabzusetzen und wenige Jahre später, wo abermals über 600 Millionen ausgegeben worden waren, eine nochmalige Herabsetzung des Werthes auszusprechen, so daß von der wirklich ausgegebenen Summe den Inhabern nur $^{2}/_{25}$ Theile baar vergütet wurden. Diese schon oft besprochene finanzielle Maßregel hat dem Zutrauen zu Oesterreichs Staatscredit eine so tiefe Wunde geschlagen, daß dieselbe noch jetzt nicht geheilt ist, obwohl es der Wiederherstellung des Gleichwerthes seiner Noten mit ihrem Nennwerthe im Laufe der Zeit ungleich größere Opfer gebracht hat, als die Vortheile betrugen, welche aus der früheren Herabsetzung dem Staate erwuchsen.

Der namhafte Vortheil, welcher den Banken aus der doppelten Benutzung der zur Einlösung ihrer Noten bestimmten Summen erwuchs, verfehlte nicht die Aufmerksamkeit auch solcher Staaten auf sich zu ziehen, welche keine Banken zu ihrer Verfügung hatten, und schon seit dem Jahre 1772 wurde in Sachsen und Preußen, dort unter dem Namen der Kassenbillets, hier unter dem Namen der Tresorscheine und später der Kassenanweisungen, die Ausgabe eines wirklichen Papiergeldes üblich, welches natürlich auf gleiche Geltung mit dem wahren Gelde nur insoweit Anspruch macht, als jeder Inhaber die Gewißheit hat, dasselbe jeden Augenblick gegen edles Metall zu vertauschen oder sonst es zu einer entsprechenden Verwendung benutzen zu können. Dieser Zweck wurde in Sachsen durch Errichtung einer Auswechselungskasse erzielt, die jedoch ihres Zweckes verfehlte, weil dieselbe für die Auswechselung der Kassenbillets in baares Geld eine Gebühr berechnete, um deren Betrag selbstverständlich der Kurs der Kassenbillets niedriger blieb. Die Benutzung derselben bei Zahlungen an die öffentlichen Kassen bis zur Hälfte des Betrages wurde freigestellt und konnte deshalb keinen Einfluß auf die Hebung des Kurses ausüben. In Preußen wurde dagegen die Zahlung in Tresorscheinen bis zur Hälfte des Betrages als Ver-

pflichtung ausgesprochen und da die Gesammtmasse der Tresorscheine weit unter der Hälfte der jährlichen Zahlungen an die Staatskassen zurückblieb, so mußte bis zu dem Jahre 1806 ein nicht unerhebliches Aufgeld für dieselben gezahlt werden. Und in der That sind dies die beiden einzigen Mittel, um dem Papiergelde einen beständigen Gleichwerth mit dem Metallgelde zu sichern. Nur muß die Auswechselung von jeder Kasse und unentgeltlich geschehen, und wird der andere Weg eingeschlagen, so darf der Gesammtbetrag des ausgegebenen Papiergeldes die Hälfte der jährlichen Abgaben eines Staates nicht übersteigen, damit sich eine beständige gleichmäßige Nachfrage nach demselben erhält. Daß auch beide Mittel nebeneinander angewendet werden können und dann um so vollständiger ihren Zweck erreichen werden, versteht sich von selbst und bedarf keines weiteren Nachweises. Entschieden verwerflich ist das Verfahren, welches mehrere kleinere Staaten im Jahre 1848 eingeschlagen haben, die Masse ihrer verzinslichen Schulden durch Ausgabe von Papiergeld, ohne alle Rücksicht auf den jährlichen Bedarf, zu vermindern. Es ist dies ein unzweifelhafter Versuch, von den Nachbarstaaten die Zinsenlast ihrer Schulden übertragen zu lassen und es hat nicht fehlen können, daß diese Ungebühr in neuester Zeit Gegenmaßregeln von den am meisten betheiligten Staaten Preußen und Sachsen hervorgerufen hat, welche die umliegenden kleineren Staaten nöthigen dürften, ihr Papiergeld, wenn sie es nicht todt in ihren Kassen liegen lassen wollen, auf das zulässige Maaß zurückzuführen.

Daß dem Staate, welcher ausschließlich das Münzregal ausübt, auch ausschließlich das Recht zusteht, wirkliches Papiergeld auszugeben, bedarf keiner Erinnerung und wenn von einzelnen Staaten dieses Recht an einzelne Gemeinden und andere Körperschaften verliehen worden ist, so läßt sich dieser Mißbrauch nicht rechtfertigen und nur mit der Unkenntniß der wirklichen Bewandtniß entschuldigen, die es mit dem Papiergelde hat. Rücksichtlich der Banken pflegt dieser Unterschied gehalten zu werden, daß denselben nur gestattet wird, Noten in einem Betrage auszugeben, welcher die üblichen Münzen übertrifft und diese Uebung, wodurch die Banknoten auf den größeren kaufmännischen Verkehr beschränkt bleiben, ist durchaus zu billigen. Es sollte keine Regierung Noten unter 20 Thalern gestatten, indem bis über 10 Thaler die Geldmünzen ausreichen und es jedenfalls wohlgethan ist, zwischen dem wirklichen Gelde, möge es in Metall oder Papier bestehen, und den kaufmännischen Verkehrsmitteln eine nicht zu überspringende Kluft bestehen zu lassen.

Alles nun was oben von den Rechtsverhältnissen des Geldes gesagt worden ist, leidet volle Anwendung auf das Papiergeld, das öffentliche sowohl als das, welches von Banken und Körperschaften, mit der unerläßlichen Bewilligung der Regierungen, ausgegeben wird. Es kommt hierbei auch nicht in Betracht, daß das Papiergeld mit Buchstaben, Nummern und Unterschriften versehen zu werden pflegt, welche die

Erkennung jedes einzelnen Stückes an sich gestatten. Dies ergiebt sich zuerst daraus, daß diese Bezeichnungen lediglich den Zweck haben, die Anfertigung des Papiergeldes zu überwachen und die Echtheit desselben sicherzustellen, wogegen eine Nothwendigkeit, diese Ziffern und Buchstaben im täglichen Verkehr zu beachten, den Zweck des Papiergeldes, als Stellvertreter des Metallgeldes zu dienen, schlechterdings vereiteln würde. Andererseits bestätigt der Umstand, daß das Papiergeld auch nicht den mindesten Werth an sich hat, die oben aufgestellte Regel, daß weder der Nennwerth, noch der Metallwerth den Inhalt einer Geldschuld darstellen können, wogegen es bei Festhaltung des Kurswerthes vollkommen möglich ist, dem Gläubiger genau dieselbe Summe zurückzugewähren, die derselbe dargeliehen hat, wie groß auch die Schwankungen sein mögen, welchen das Papiergeld in viel höherem Grade als das Metallgeld ausgesetzt zu sein pflegt.

Es liegt auf der Hand, daß das Papiergeld, insofern es nicht ohne die Mitwirkung des Staates zur Existenz gelangen kann, zu den Staatspapieren im weitesten Sinne gerechnet werden kann. Dies geschieht jedoch nicht, und unter den Staatspapieren, zu deren Rechtsverhältnissen, erst nach Feststellung des Begriffes des Geldes und seiner Unterarten, der Uebergang gemacht werden kann, wird vielmehr im allgemeinen eine auf jeden Inhaber lautende Obligation verstanden, deren Aussteller irgend ein Staat ist. Fehlt dem Staatspapiere dieses letzte Merkmal, so unterscheidet es sich in nichts von jeder anderen Schuldverschreibung und Niemand bezweifelt, daß eine solche Obligation im Wege Rechtens geltend gemacht und erforderlichen Falles gegen den Fiscus auch die Hilfsvollstreckung werde nachgesucht werden können. Zugleich aber prägt diese Eigenschaft dem Staatspapiere einen bestimmten Rechtscharakter auf und nöthigt uns die rechtlichen Beziehungen der auf jeden Inhaber lautenden Papiere näher in das Auge zu fassen.

Es giebt im römischen und teutschen Rechte Obligationen, welche sich nicht an eine gekannte bestimmte Persönlichkeit knüpfen, sondern als bloße Folgen des Eigenthums und der dinglichen Rechte in der Person des Gläubigers sowohl als des Schuldners wechseln können, ohne daß diese jemals in eine persönliche Beziehung gegeneinander treten. Ueber deren Zulässigkeit herrscht kein Zweifel, wohl aber herrschen die verschiedensten Ansichten darüber, ob eine bestimmte Person, als Schuldner, mit einer unbestimmten Person als Gläubiger einen Vertrag in rechtsverbindlicher Weise abschließen könne. Savigny stellt diese Möglichkeit deshalb in Abrede, weil die Obligationen, als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nicht zu diesem Zwecke eingeführt sind, und demgemäß durch eine solche Anwendung derselben ihre natürliche Bestimmung willkürlich überschritten werden würde. Aus demselben Grunde aber ist derselbe des Dafürhaltens, daß der Staat vollkommen befugt sei, derartigen Rechtsgeschäften eine verbindliche Kraft

beizulegen und den Inhabern solcher Urkunden ein Klagrecht beizulegen, welches sie nach gemeinem Rechte vergeblich beanspruchen würden.

Unter dem Papiere auf den Inhaber werden Urkunden über solche Forderungen verstanden, welche nicht von einer bestimmten einzelnen Person, sondern von Jedem geltend gemacht werden können, der in einem gewissen Verhältnisse zu der Urkunde steht, mag dieses nun Besitz oder Eigenthum sein. Die Frage nach der Giltigkeit solcher Papiere wurzelt in einem praktischen Bedürfnisse und hängt auf das genaueste mit den besonderen Eigenschaften der wichtigsten Bestandtheile des Vermögens, dem Eigenthum und den Forderungen, zusammen.

Jenes ist in der Regel der freien und willkürlichen Veräußerung unterworfen, die eine völlige Ablösung von der Person und den sonstigen Rechtsverhältnissen des Eigenthümers herbeiführt. Eine Veräußerung mit solcher Wirkung ist hinsichtlich der Obligation unmöglich, denn hier ist nur eine Entäußerung zulässig, die entweder durch Novation, Vernichtung der alten und Errichtung einer neuen Obligation mit einem neuen Gläubiger, oder durch einfache Uebertragung des Klagerechtes, durch Cession, geschieht. Diese letzte hat die Eigenthümlichkeit, daß auch dem letzten einer ganzen Reihe von Cessionaren die gegen den ersten Erwerber zulässigen Einreden entgegengesetzt werden können. Die sich daraus ergebende Nothwendigkeit für den letzten Cessionar, alle vorausgehenden Uebertragungen zu beweisen, und die fortdauernde Beziehung zu dem ersten Gläubiger riefen den Wunsch neuer Formen hervor, durch welche die mit dem Eigenthum verbundenen Vortheile auch auf die Forderungsrechte übertragen werden konnten. Dieser Weg wurde in der Vereinigung der Obligation mit der Schuldurkunde, von Savigny Verkörperung der Obligation genannt, in verschiedenen Richtungen gesucht und gefunden. Man stellte zuerst die Urkunde an jeden Inhaber und als die Ungiltigkeit dieser Form eingehalten wurde, an eine bestimmte Person und jeden getreuen Briefsinhaber, ohne doch hierdurch über den Beweis der Cession hinwegzukommen, weshalb beide Versuche wieder aufgegeben wurden. Günstigern Erfolg hatte, wie schon oben erwähnt, der Wechsel, obschon die allgemeine Giltigkeit des Giro in Bianco erst durch die allgemeine teutsche Wechselordnung anerkannt worden ist, sowie die Police für Seeversicherung, die ebenfalls auf Inhaber gestellt zu werden pflegt und deren Rechtsgiltigkeit auf Gewohnheitsrechten beruht. Beide Arten der Papiere haben das mit einander gemein, daß sie sich auf bestimmte vereinzelte Geschäfte beziehen, von welchen jedes für sich verläuft, und daß die Frage, was der Schuldner zu leisten hat und wie diese Leistung zu erzwingen ist, keine Schwierigkeit darbietet.

Von bei weitem größerer Wichtigkeit ist eine zweite Klasse von Papieren auf den Inhaber, die einen mehr öffentlichen Charakter an sich tragen, indem sie auf den Staat oder juristische Personen sich beziehen und entweder vom Staate unmittelbar oder doch mit seiner

Genehmigung und unter seiner Aufsicht ausgegeben zu werden pflegen. Es sind dies die unter dem Ausdrucke öffentlicher Creditpapiere zusammengefaßten Schuld- und Pfandscheine von Staaten, Körperschaften und Privaten, welche auf jeden Inhaber lauten, Papiere, welche in Sachsen durch das Gesetz vom 7. Juni 1846 jeder Klagbarkeit beraubt werden, soweit sie nicht vom Staate ausdrücklich anerkannt sind.

Daß die Staatsschuld- und Rentenscheine, die auf den Namen bestimmter Personen lauten, keine abweichenden Rechtsverhältnisse von allen anderen gleichartigen Urkunden darbieten, ist schon oben erinnert worden.

Anders verhält es sich mit den auf jeden Inhaber lautenden Staatsschuldscheinen, welchen zugleich eben solche Zinsleisten und Zinsscheine beigefügt zu werden pflegen. Die Rechtsgiltigkeit derselben kann nicht bezweifelt werden, mögen sie nun durch förmliche Gesetze oder bloße Bekanntmachungen der höchsten Verwaltungsbehörden in das Leben gerufen werden. Aus welchem Grunde aber dieselben, wie Savigny annimmt, gar nicht unter dem privatrechtlichen Schutze des Richters stehen sollen, insofern der Staat mit seinem Vermögen und nicht selten sogar mit bestimmten einzelnen Vermögenstheilen dafür haftet, läßt sich nicht absehen und jedenfalls ist diese Eigenschaft nicht in der Natur der Sache begründet. Es mag eine Klage ihre Schwierigkeiten haben; es mag im eigenen höchsten Interesse des Staates liegen, es nicht dazu kommen zu lassen, allein gesetzt, es wollte ein Ministerium das Anlehen eines früheren nicht anerkennen, es trüge aber Bedenken, sich dessen in einer Form zu weigern, welche die richterliche Thätigkeit in Kraft besonderer Gesetze ausschließt, so liegt kein Grund vor, dem Inhaber eines verfallenen Staatsschuldscheines die Klage gegen den Fiscus zu versagen, nachdem einmal die auf jeden Inhaber lautenden Schuldurkunden als rechtsverbindlich anerkannt worden sind.

Eine zweite hervorragende Klasse öffentlich anerkannter auf jeden Inhaber lautenden Schuldurkunden sind die sog. Pfandbriefe, die entweder von einer Vereinigung von Grundbesitzern unter gemeinschaftlicher Verhaftung oder auch von besonderen vermittelnden Körperschaften, den Hypothekenbanken, ausgestellt zu werden pflegen. In beiden Fällen haftet dem Inhaber nicht der Gutsbesitzer, sondern die Körperschaft als Schuldner und nur nach den Einrichtungen einiger älteren, namentlich preußischen Landschaften erwirbt der Pfandbriefinhaber einen Anspruch an das etwa im Pfandbriefe benannte besondere Pfand. In Sachsen besteht, nachdem bereits im Jahre 1830 ein diesfallsiger Antrag von der Regierung zurückgewiesen worden war, seit dem 13. Mai 1844 der erbländische ritterschaftliche Creditverein und seit dem 13. August 1844 die landständische Hypothekenbank für das Markgrafthum Niederlausitz mit landesherrlicher Bestätigung versehen. Beide sind befugt, für die beziehendlich dem Vorstande und der Hypothekenbank eingeräumten hypothekarischen Forderungsrechte, Pfandbriefe auf jeden Inhaber lautend

auszugeben. Beide sind verpflichtet, nicht mehr Pfandbriefe in Umlauf zu setzen, als sie selbst Hypotheken besitzen, während aber für letztere die gesammte Corporation der Landstände Gewähr leistet, haften für erstere nur die Außenstände sowie das gesammte Vermögen des Creditvereins, und dafern solches Alles nicht zulangen würde, jedes rentenpflichtige Grundstück subsidiarisch, nach Verhältniß des Hauptstammsbetrages, womit dasselbe zur Zeit des Bedürfnisses auf den Büchern des Vereins eingetragen ist. Die Pfandbriefe beider Vereine sind von Seiten der Inhaber unkündbar. In keinem von beiden Statuten ist der Fall vorgesehen, daß die Vereine ihrer Verpflichtungen ermangeln könnten, und ob den Inhabern, da sie blos Gläubiger, nicht Mitglieder der Vereine sind, eine Klage auf Vornahme der unterbleibenden Ausloosung zustehen würde, dürfte mehr als zweifelhaft sein. Daß das Recht auch in Preußen bestritten sei, bezeugt Savigny, und so gewiß die Frage keine praktische Wichtigkeit hat, so lange die Pfandbriefe zu ihrem Nennwerthe sich an der Börse verkaufen lassen, so wichtig kann dieselbe werden, wenn sie unter diesen fallen.

Was drittens die Schuldverschreibungen großer gewerblicher Unternehmungen anbetrifft, so sind diese sowohl als die Actien, Theilnahmescheine, durch das sächsische Gesetz vom 8. Juni 1846 ausdrücklich neben den Staatspapieren und den im Inlande oder Auslande von Privaten, Corporationen und Anstalten, mit Genehmigung der betreffenden Regierung, ausgestellten auf den Inhaber lautenden Urkunden, als öffentliche Creditpapiere anerkannt und aller Vortheile der Staatspapiere theilhaftig erklärt worden. Schon Savigny bemerkt indessen, daß die Actien nicht eigentlich als Schuldurkunden betrachtet und demgemäß auch an sich nicht nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden können, obschon dieselben in vielen wichtigen Beziehungen mit den öffentlichen Creditpapieren übereinstimmen. Ebenso bedarf es andererseits keines Nachweises, daß die sog. Prioritätsactien, welche von bestehenden Körperschaften zur Aufbringung von Kapitalien ausgegeben und mit einem Vorrechte auf die Einkünfte ausgestattet zu werden pflegen, mit Unrecht den Namen von Actien tragen und vielmehr als wirkliche auf den Inhaber lautende Schuldurkunden zu betrachten sind.

Rücksichtlich aller dieser Urkunden sind vorzugsweise vier Punkte näher in das Auge zu fassen, erstens, was dieselben eigentlich sind, zweitens, wie dieselben übertragen werden, drittens, ob und unter welchen Voraussetzungen dieselben der Eigenthumsklage unterliegen und auf welche Art zu dem Ersatze untergegangener oder verlorener Urkunden zu gelangen ist.

In erster Beziehung bedarf es nach den oben angegebenen Kennzeichen des Geldes kaum noch der besonderen Ausführung, daß dieselben kein Geld sind; ebenso gewiß ist, daß dieselben zwar einen Gegenstand des Handels bilden, dennoch aber nicht rein als Waare bezeichnet werden dürfen, was sie immer nur zufällig sind. Vielmehr müssen

dieselben als reine Schuldurkunden betrachtet werden, die sich theils auf das Kapital, theils — die Zinsleisten und Zinsscheine — auf die Verzinsung selbst beziehen. Von den Wechseln und Policen unterscheiden sich dieselben dadurch, daß sie sich nicht wie diese auf bestimmte in sich abgeschlossene Geschäfte beziehen, sondern selbst nur als Theilscheine eines Geschäftes in Betracht kommen. Da nun eine von demselben Staate, derselben Körperschaft, derselben Person ausgegebene, auf dasselbe Geschäft sich beziehende, auf die gleiche Summe lautende und gleichen Zinsanspruch gewährende Schuldverschreibung vollkommen gleichen Werth mit allen anderen zu demselben Geschäfte gehörigen und gleich hohen Schuldverschreibungen hat, so kommen sie lediglich als Quantitäten in Betracht. Sie haben diese Eigenschaft mit dem Gelde gemein, von dem sie sich durch ihre Bestimmung unterscheiden, und verlieren diese Eigenschaft auch nicht durch die Buchstaben und Zahlen, die denselben meist zu dem Zwecke der Controle beigegeben zu werden pflegen. Auf der anderen Seite darf nicht außer Acht gelassen werden, daß diese Bedeutungslosigkeit der Nummern und Zahlen sofort in Wegfall kommt, wo sich mit denselben ein anderer bestimmter Zweck verbindet, wie dies bei den sog. Lotterieanlehen der Fall ist, wo mit jeder Schuldverschreibung entweder ausschließlich oder neben dem Zinsenanspruche die Anwartschaft auf einen Gewinn erworben wird und wo demnach jede einzelne Schuldverschreibung einen besonderen Werth erhält.

Die Uebertragung erfolgt ihrem Zwecke gemäß wie bei dem Eigenthum durch die bloße Uebergabe und in derselben ist die vollständige Veräußerung enthalten. Das Zurückgehen auf die Rechte oder die Verpflichtungen des ursprünglichen Gläubigers oder eines in der Mitte stehenden Cessionars ist gänzlich ausgeschlossen, obschon in dieser Beziehung abweichende Bestimmungen nicht ungewöhnlich sind und namentlich bei theilweisen Einzahlungen, sowohl auf Staatsschuldverschreibungen und noch häufiger auf Actien und Prioritätsactien vorkommen und von den Gerichtshöfen stets berücksichtigt worden sind.

Aus dem doppelten Zwecke, welcher durch diese Form der Schuldurkunde erreicht werden soll, leichte Veräußerlichkeit auf der einen Seite und Sicherstellung gegen unverschuldete Verluste auf der anderen, folgt mit Nothwendigkeit, daß als der wahre Gläubiger allerdings nur der Eigenthümer des Papieres anzusehen ist, dies jedoch mit der Beschränkung, daß mit dem thatsächlichen Besitze stets die Vermuthung des Eigenthums verbunden ist, welche so lange fortdauert, bis diese Vermuthung, die keine unbedingte ist, durch einen Einspruch, der dann im Wege Rechtens zu erledigen ist, aufgehoben wird. Auf Seiten des Schuldners wird durch diese Vermuthung das Recht begründet, an jeden thatsächlichen Besitzer zu zahlen, so daß er durch diese Zahlung schlechthin frei wird und niemals von einem Anderen, der ein besseres Recht zu haben behauptet, in Anspruch genommen werden kann.

Mit diesem Rechte des Schuldners ist jedoch keine Verpflichtung

desselben verbunden, dasselbe auch in zweifelhaften Fällen ausüben zu müssen, und die gute Treue erfordert, daß er von seinem Rechte mit Umsicht Gebrauch macht. Wird derselbe mithin von einem begründeten Einspruche gegen das Recht des Inhabers noch vor der Zahlung in Kenntniß gesetzt, so würde er dieselbe an den thatsächlichen Besitzer nicht leisten können, ohne sich der actio doli auszusetzen. Vielmehr ist eine allgemein giltige Regel, daß in solchen Fällen, wo jemand unter Angabe glaubwürdiger Umstände behauptet, den Besitz eines auf den Inhaber lautenden Papieres unfreiwillig verloren zu haben, die Auszahlung an den Besitzer verweigert und der Anspruch zu rechtlichem Austrage verwiesen wird.

Nächst der Uebertragung kommt bei den Papieren auf Inhaber die Vindication in Betracht. Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese nach römischem Rechte dem Eigenthümer auch gegen den redlichen Besitzer zusteht, so zwar, daß er demselben auch nicht einmal das etwa ausgelegte Kaufgeld zu ersetzen verbunden ist. Mit dieser Ansicht stimmt es überein, daß dieselbe früher in allen Fällen zugelassen wurde, wo sie nicht durch besondere Gesetze ausgeschlossen war. Selbstverständlich gelten dann für die Vindication der Papiere auf den Inhaber alle Rechtsregeln, die überhaupt für die Vindication bestehen, und ist in dieser Beziehung keine weitere Bemerkung zu machen. Wohl aber darf nicht unbemerkt bleiben, daß in den meisten teutschen Staaten die Vindication entweder nur der Staatspapiere oder aller öffentlichen Creditpapiere, die auf jeden Inhaber lauten, durch die Landesgesetzgebung ausgeschlossen ist.

So sind nach dem österreich. bürgerl. Gesetzbuche §. 371 baares Geld und auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage, wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann und aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt sei.

Nach dem preußischen Landrechte findet die Eigenthumsklage wider den redlichen Besitzer überhaupt nur gegen Ersatz des etwaigen Aufwandes statt und es sind die Bedingungen sehr genau vorgeschrieben, deren Vernachlässigung den Verlust der Vortheile des redlichen Besitzes zur Folge hat. Was nun insbesondre die Vindication des baaren Geldes und der Papiere auf den Inhaber anbetrifft, so schreibt das allgem. Landr. I, 15, §. 45 flg. vor, daß das Geld, auch wo der Beweis der Identität hergestellt werden kann, gegen den redlichen Besitzer nur dann vindicirt werden darf, wenn er es unentgeltlich erworben hat. Ganz dieselbe Regel soll auch für Papiere auf den Inhaber gelten, wobei allerdings, wie Savigny bemerkt, übersehen worden zu sein scheint, daß Papiere auf den Inhaber nicht wie das Geld einen inneren Werth haben, sondern um jeden beliebigen Preis erkauft werden können, und daß es demgemäß folgerichtiger gewesen sein würde, die Vindication

derselben wider den redlichen Besitzer gegen Erstattung des Kaufgeldes schlechthin zu gestatten. Es würde hierdurch der wichtige Vortheil erreicht worden sein, daß der Beklagte in jedem Falle seinen Besitztitel hätte angeben müssen, wozu derselbe nach Savigny im übrigen nur unter denselben Bedingungen und mit denselben Folgen, wie bei allen anderen Gegenständen verpflichtet ist.

Die vollständigsten und auf die neuesten Bedürfnisse gegründeten Vorschriften besitzt ohne Frage das Königreich Sachsen in dem Gesetze, die Ausschließung der auf jeden Inhaber lautenden Creditpapiere von der Vindication, vom 8. Juni 1846. Hier wird zuerst, neben der Vindication, auch jede andere dingliche Klage rücksichtlich der Eigenthümer und Pfandinhaber, in Beziehung auf alle öffentlichen auf den Inhaber gestellten Creditpapiere wider den dritten redlichen Besitzer ausgeschlossen. Nächstdem wird in §. 2 der Begriff der öffentlichen Creditpapiere, wie oben angegeben ist, normirt und in §. 3 die doppelte Ausnahme festgestellt, daß die Vindication zulässig sein soll, 1) wenn auf den Papieren selbst gleich bei der Ausstellung bemerkt worden ist, daß sie der Vindication unterliegen sollen und 2) wenn sie durch eine nach den bestehenden inländischen oder ausländischen Gesetzen darauf gebrachte Bemerkung einer öffentlichen Behörde oder der Anstalt, welche sie ausgegeben hat, außer Kurs gesetzt, oder für Eigenthum einer bestimmten Person erklärt worden sind.

Eine weitere Ausnahme enthält §. 4 in Beziehung auf alle im Inlande oder Auslande ohne Genehmung der Staatsregierung ausgegebenen auf jeden Inhaber lautenden privaten Creditpapiere, welche nicht entweder in ihrem Context als Wechsel oder Anweisung benannt oder welche, was die im Auslande ausgestellten betrifft, nach den Gesetzen des Ortes der Ausstellung von der Vindication ausgenommen worden sind. Es muß jedoch dieser Umstand von dem, der ihn behauptet, erwiesen werden.

Nach §. 5 ist die Redlichkeit des Besitzes so lange zu vermuthen, als nicht derjenige, welchem Papiere der gedachten Art entwendet, auf betrügliche Weise entzogen oder sonst abhanden gekommen sind, dem Besitzer nachweist, daß er solche entweder selbst auf unrechtmäßige Weise an sich gebracht oder darum, daß dies von einem seiner Vorbesitzer geschehen, zur Zeit der Erwerbung gewußt habe. Durch Erstreckung eines früheren Decretes auf diese Vorschrift ist zugleich ausdrücklich bestimmt, daß der Besitzer nicht genöthigt werden kann, einen zur Erwerbung des Eigenthums geeigneten Rechtstitel für sich anzuziehen, als welche Ansicht mit der auf die Befestigung und Vermehrung des Credits der Staatspapiere gerichteten Absicht unvereinbar gefunden wird.

Der Unterschied zwischen den auf jeden Inhaber lautenden Papieren und dem Gelde erweist sich insbesondre auch aus den Vorschriften, welche die Gesetze über das Verfahren bei unverschuldetem oder sonstigem Verluste enthalten. Während nämlich durch den Untergang von Geld,

möge dasselbe in Metall oder Papier bestehen, in der Regel der Werth desselben zerstört wird, lebt das in der Urkunde verkörperte Recht wieder auf, wenn die auf den Inhaber lautenden Papiere auf irgend eine Weise unbrauchbar werden, sei es, daß dieselben wirklich zerstört oder nur dem rechtmäßigen Eigenthümer abhanden gekommen sind und nicht etwa in dritter Hand sich finden. Für diesen Fall ist das sog. Amortisationsverfahren eingeführt worden, welches allgemeine Anerkennung zuerst in der teutschen Wechselordnung und in seinen Hauptgrundzügen auch für andere Werthpapiere Annahme gefunden hat.

Das Amortisations- oder Mortificationsverfahren bezweckt hauptsächlich die außerdem erforderliche Abwartung der gewöhnlichen Verjährungsfrist, ohne Benachtheiligung etwaiger rechtmäßiger Inhaber, abzukürzen und wird durch eine Anzeige des betreffenden Eigenthümers eingeleitet, die entweder bei der Behörde, welche die in Frage stehenden Papiere ausgegeben hat, oder bei einer besonders dazu bestimmten Gerichtsbehörde, nicht selten der zuständigen Behörde der Körperschaft, deren Papiere in Frage stehen, anzubringen ist. Für Wechsel und Anweisungen ist in Sachsen das ordentliche Gericht des Zahlungsortes und, wo ein Handelsgericht besteht, dieses mit Einleitung des Mortificationsverfahrens besonders beauftragt.

Die verlorenen Papiere müssen genau nach ihrer Größe, ihren Buchstaben und Nummern bezeichnet und gleichzeitig bei der mit Auszahlung der Zinsen beauftragten Behörde angemeldet, auch das Recht auf dieselben nachgewiesen und der eingetretene Verlust bescheinigt werden.

In Sachsen wird hiernächst zwischen den Stufen des Beweises unterschieden. Kann der Verlust vollständig oder doch halb bewiesen werden, so ist, letzteren Falles nach vorgängiger Leistung des Erfüllungseides, sofort mit Erlaß der Edictalladung zu verfahren. Läßt sich auch nicht einmal der halbe Beweis herstellen, so muß der Ablauf der Verjährungszeit abgewartet werden, welche durch Verordnung v. 6. Octbr. 1824 für Staatspapiere auf zehn Jahre, für die Actien der Leipziger Bank, durch Statut von 1839, sowie für alle industriellen Papiere auf vier Jahre, für andere industrielle Anstalten auf drei Jahre herabgesetzt worden ist. Zinsdocumente verjähren durchgängig in drei Jahren.

Kommen nach erfolgter Anzeige des Verlustes solche Papiere zur Auszahlung vor, so wird dieselbe verweigert und dem Eigenthümer Gelegenheit zur rechtlichen Ausführung seiner Ansprüche gegeben. Kommen dieselben innerhalb der gesetzlich festgestellten Verjährungszeit, die in der Regel bei der Angabe und beziehendlich bei der Bestätigung der Statuten noch besonders bestimmt zu werden pflegt, nicht vor, so wird dann mit öffentlicher Vorladung der Inhaber, unter der Verwarnung, daß sie außerdem werden für ungiltig erklärt werden, verfahren und zur Ausfertigung neuer Schuldurkunden, auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung, geschritten. Die Zinsen verfallen in der Regel der Kasse.

In Preußen müssen die öffentlichen Bekanntmachungen durch sechs halbjährige Zinstermine fortgesetzt werden und erfolgt erst hernach die Edictalladung unter der Androhung des Ausschlusses, während die Abfassung des richterlichen Erkenntnisses erst nach abermaligem fruchtlosen Ablaufe zweier Zinstermine geschehen darf.

Noch ist einer Art der auf den Inhaber gestellten Creditpapiere Erwähnung zu thun, die mit den Staatspapieren das gemein haben, daß sie unter öffentlicher Autorität ausgegeben werden, und mit den Wechseln und Policen, daß sie sich blos auf bestimmte einzelne Geschäfte beziehen, während sie von beiden sich dadurch unterscheiden, daß sie nur für eine sehr kurze Zeit die Eigenschaft öffentlicher auf den Inhaber lautenden Creditpapiere annehmen; es sind dies die Lotterieloose.

An sich sind dieselben bloße Quittungen über bezahlte Einlagen, die vermöge des Planes Anspruch auf den bei der Ausloosung auf sie fallenden Gewinn geben. Die Zahlen, welche bei dem Papiergelde und allen anderen Creditpapieren als bedeutungslos für die Geltung zurücktreten, nehmen hier die erste Stelle ein, weil an der Zahl der Gewinnanspruch haftet. Sämmtliche bestehende Lotterien machen nun die Auszahlung des Gewinnes von dem Besitze des Looses abhängig und sämmtliche Lotteriepläne ermächtigen die Directionen, nur gegen Rückgabe des Looses den darauf fallenden Gewinn auszuzahlen. Während aber der Besitz des Looses im allgemeinen zur Gewinnerhebung berechtigt, so erleidet doch diese Regel ebenfalls gewisse Ausnahmen, die sich wenigstens in Sachsen genau an die oben dargestellten Rechtsregeln anschließen.

Auch in Beziehung auf die Lotterieloose gilt demnach die Regel, daß mit dem thatsächlichen Besitze stets die Vermuthung des Eigenthums verbunden ist und so lange verbunden bleibt, als nicht ein Einspruch geschieht. Dieser kann gegründet werden entweder auf den unfreiwilligen Verlust des Besitzes oder auf die Bestreitung der Rechtsmäßigkeit des Besitzes. In dem ersten Falle hat der Eigenthümer seinem Collecteur und dieser die Direction von der in Verlust gekommenen Nummer in Kenntniß zu setzen, und diese, wenn die Auszahlung noch nicht erfolgt ist, Vormerkung davon zu nehmen. Kommt das Loos innerhalb der gesetzlichen Frist nicht vor, so erfolgt die Zahlung ohne weiteres an den Anmelder und dieser wird daher als rechtmäßiger Besitzer angesehen. Wird hingegen das Loos von einem Dritten zur Auszahlung angemeldet, so liegt nach sächsischem Rechte der Direction ob, zwischen den Parteien einen Versuch zu gütlicher Ausgleichung zu treffen, und wenn dieser zu keinem Ergebnisse führt, den Inhaber des Looses zur rechtlichen Ausführung seiner Ansprüche zu verweisen. Wird dagegen blos die Rechtmäßigkeit des Besitzes bestritten, so wird derjenige zur rechtlichen Ausführung seiner Ansprüche verwiesen, welcher den Widerspruch gegen die Auszahlung erhebt. In beiden Fällen wird der Gewinn bei einer Gerichtsbehörde hinterlegt, allein im ersten wird der,

welcher den Verlust anmeldet, als der rechtmäßige Inhaber angesehen; im zweiten Falle wird die Vermuthung des Eigenthums auf Seiten des Inhabers aufrecht erhalten; in beiden Fällen liegt der Beweis dem Kläger ob, und bleibt der Grundsatz in Geltung, daß der Schuldner unbedingt berechtigt sei, an den Inhaber zu zahlen, weshalb jeder Anspruch fortfällt, wenn die Anmeldung oder der Widerspruch erst nach bewirkter Zahlung erfolgt.

Daß alle diese Handlungen an bestimmte sehr kurze Fristen gebunden sind und schon sechs Wochen nach dem letzten Ziehungstage alle Ansprüche auch an den Hauptschuldner erlöschen, liegt in der Nothwendigkeit, jede Lotterie vollkommen abzuwickeln, bevor die neue beginnt; ein Grundsatz, der sogar auf die einzelnen Klassen Anwendung leidet.

Schellwitz.

Staatsanwaltschaft [1]). Bei der Einführung des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens in Teutschland adoptirte man auch das Institut der Staatsanwaltschaft. Man war gewöhnt, es unter den Attributen des mündlichen Strafverfahrens als eine Consequenz des einzuführenden Anklageprocesses zu nennen und in der Staatsanwaltschaft eine unabweisliche Reform des Verfahrens zu begrüßen. Dennoch ist es gerade die Staatsanwaltschaft, über deren Stellung und Befugnisse die Ansichten in Teutschland wesentlich von einander abweichen, und ein Blick in die teutschen Gesetzbücher giebt von dieser Verschiedenheit auch in der Auffassung der Gesetzgeber Zeugniß. Von einer Seite wird die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft auf das Strafverfahren beschränkt, von anderer Seite auch auf andere Geschäfte ausgedehnt. Bei den Vorschriften über die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren findet man bald, daß dem Staatsanwalte eine Parteistellung gegeben, bald, daß seine Stellung von einem höheren Gesichtspunkte aufgefaßt worden ist. Nicht minder macht sich auf der einen Seite das Bestreben geltend, dem Staatsanwalte eine unmittelbar eingreifende Thätigkeit in der Voruntersuchung zu gewähren,

---

1) Ueber die Geschichte und Organisation der Staatsanwaltschaft vgl. Feuerbach, Oeffentl. Mündlichkeit &c. Bd. II, S. 131 flg. Frey, die Staatsanwaltschaft in Teutschland und Frankreich (Erlangen 1850). De Baulx, in der krit. Zeitschr. der RW. des Auslandes Bd. V, S. 29 flg. Bd. VII, S. 250 flg. Lippert, über die franz. Staatsanw., im Gerichtsſ. Jahrg. I, Bd. II, S. 60 flg. Stein, Geschichte des franz. Strafv. u. Proc. S. 387 flg., 574 flg., 664 flg. — Vgl. ferner über den Werth und die Bedeutung der Staatsanwaltschaft Thesmar, die Staatsanw. &c. (Bonn 1844). Hermann, der Begriff der Staatsanw., im Crim. Archive 1852 S. 289 flg. Mittermaier, über die Organisation der Staatsanw. ebendaſ. Jahrg. 1838 S. 164. Jahrg. 1842 S. 440 flg.; insbes. über die Stellung der Staatsanw. in der Voruntersſ. ebend. Jahrg. 1849 S. 199 flg.; — in ſ. Werke: die Mündlichkeit, das Anklageprincip &c. S. 45 flg. S. 309 flg. — Vgl. noch unter den Lehrbüchern: Daniels, Grundſ. der franz. rhein. Verfahrens §. 37 flg. Höchster, Lehrb. des franz. Strafverf. §. 15 flg.

während auf der anderen Seite seine Thätigkeit einer, ihn den Gerichten unterordnenden, Controle und Prüfung der letzteren unterstellt wird.

Eine seltsame Idee ist es, wenn man in der Staatsanwaltschaft eine mit der absoluten Monarchie unvereinbare Institution erblickt [2]). Sie steht vielmehr geschichtlich und ihrer Bedeutung nach in engster Verbindung mit dem Königthum. Gegenwärtig dient sie dem öffentlichen Interesse und ist berufen, zu einer gerechten Rechtspflege mitzuwirken. Die Regierungsform des Landes ist daher gleichgiltig, da nicht anzunehmen ist, daß irgend eine Regierungsform principiell mit einer gerechten Rechtspflege unvereinbar sei. Man wird allerdings die Staatsanwaltschaft schwerlich in einem auf Schriftlichkeit gebauten Strafverfahren zur Mitwirkung berufen, obgleich sie an sich ihrer Tendenz und Stellung nach auch mit dieser vereinbar und durchführbar sein würde [3]). Allein das öffentlich-mündliche Strafverfahren enthält in der That keine, dem monarchischen Principe feindseligen, Elemente und selbst das Geschwornengericht kann, wenn man nicht ihm politische Tendenzen erst unterschiebt und es politischen Zwecken dienstbar machen will, als ein Widerspruch jenes Princips nicht angesehen werden.

Das Institut der Staatsanwaltschaft ist französischen Ursprunges [4]), obgleich wir auch in anderen Ländern, insbesondre in Teutschland, der Idee begegnen, das öffentliche und allgemeine Interesse bei Rechtshändeln überhaupt durch besondere Beamte vor Gericht vertreten zu lassen. Wir verweisen hier nur auf das Fiscalat. Dasselbe war allerdings bestimmt, vorzugsweise die vermögensrechtlichen Interessen des Landesherrn vor den Gerichten zu vertreten. Allein die leitende Idee des Institutes war eine höhere und die Wirksamkeit der Fiscale in einzelnen Ländern auch auf eine Mitwirkung bei Untersuchung der Staatsverbrechen ausgedehnt [5]). Die französische Staatsanwaltschaft selbst ist jedenfalls aus den königlichen Procuratoren und Advocaten hervorgegangen, welche bei den Gerichten anfänglich nur zur Vertretung der königlichen Domänen und sonstigen Interessen aufgestellt waren [6]). Die Entfaltung der königlichen Gewalt in Frankreich zu immer größerer Macht wirkte auch auf diese Kronbeamten und ihre Stellung ein. Die königliche Gewalt suchte durch sie in dem Kampfe mit den Parlamenten und Gerichten, welche sich von ihr unabhängig zu machen bemüht waren, ihre oberherrliche Stellung sich zu sichern und den Bestrebungen der Gerichte entgegenzuwirken. Andererseits zeigt die Geschichte, daß die „königlichen Leute" (gens du roi), gehoben von dem Gedanken an ihre Eidespflicht,

---

2) Jagemann, Gerichtssaal 1849 Bd. II, S. 218.

3) Vgl. noch Zachariä, die Gebrechen und Reform des teutschen Strafv. S. 265.

4) Vgl. Frey S. 7 flg. Daniels S. 38 flg.

5) Vgl. insbes. Heffter, im Crim. Archive 1845 S. 595 flg. Daniels S. 50 flg.

6) Vgl noch Frey u. Daniels a. a. O.

welche sie zu einer gerechten und parteilosen Vertretung der öffentlichen Interessen anwies, ihr Amt auf eine würdige und ihnen die allgemeine Achtung sichernde Weise verwalteten und selbst den Regenten Vorstellungen gegen gesetzwidrige Erlasse derselben mit Erfolg machten [7]). Erst seit Ludwig XIV. trat die bestimmte Beziehung der Krone zu den Staatsanwälten schärfer vor und wurde der Wirkungskreis derselben von der Krone unbedingt abhängig gemacht, dagegen auch die Befugnisse dieser Beamten bedeutend erhöht. Die Kämpfe der Krone mit Parlamenten nahmen jenen bedeutungsvollen Charakter an, welcher nicht ohne Einfluß auf die französische Staatsumwälzung gewesen ist und die Krone bei dem von ihr angenommenen Regierungssysteme nöthigte, mit Energie den Bestrebungen der Parlamente entgegenzutreten.

Wir müssen hier die Umwandlung übergehen, welche die französische Revolution mit dem Institute vornahm und die Gewalt des Procurators zwei Beamten, dem commissaire du roi (später du pouvoir exécutif) und dem accusateur public übertrug [8]). Die heillose Entartung, die auch dieses Institut ergriff, wurde bei der Reorganisation der Gerichte die Veranlassung zu einer Umwandlung des Institutes, indem man zu den früheren Ideen zurückkehrte und der Staatsanwaltschaft die noch jetzt von ihr eingenommene Stellung im Staatsorganismus verlieh [9]).

Die Geschäfte der Staatsanwaltschaft im französischen Rechte sind sehr verschiedener Art. Das Institut ist nicht zu dem ihm jetzt zugewiesenen Berufskreise geschaffen, sondern es ist der letztere nur nach und nach entstanden [10]). Es lassen sich die Geschäfte der Staatsanwaltschaft meistens auf eine Mitwirkung bei der Rechtspflege der Gerichte zurückführen. Die Tendenz dieser Mitwirkung ist eine Vertretung der Interessen des Staates bei der Rechtspflege. Die Thätigkeit kann eine anregende, vorbereitende und controlirende, allein nie eine richterliche sein. Der Staatsanwalt ist ein Justizbeamter, aber kein richterlicher Beamter. Neben dieser Mitwirkung finden wir auch den Staatsanwalt als das Organ der Staatsgewalt zur Beaufsichtigung des Verfahrens der Gerichte.

Feuerbach hat in seinem Werke, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. II, S. 132 flg., die Geschäfte der Staatsanwaltschaft folgendermaßen zusammengestellt: Die Staatsanwaltschaft ist I. das Organ, durch welches die oberste Staatsgewalt ihre Willenserklärungen an die Gerichte gelangen läßt; — II. das Organ der obersten Aufsicht über die gesammte Verwaltung der

7) Daniels S. 46 flg.
8) Vgl. Frey a. a. O. S. 13 flg.
9) Die Napoleonischen Decrete v. 20. März 1808, v. 6. Juli u. 18. August 1810 sowie das Gesetz v. 20. April 1810.
10) Daniels a. a. O. S. 38.

Justiz [11]), durch welches die Staatsgewalt fortdauernd von der letzteren unterrichtet wird und sie die Einleitung von Disciplinaruntersuchungen gegen Richter, Advocaten und Notare beantragt, ja selbst Advocaten, Gerichtsschreibern und Gerichtsboten Zurechtweisungen ertheilen kann. Außerdem soll III. die Staatsanwaltschaft das lebendige Organ sein, durch welches sich in Parteisachen das Gesetz vor dem Gerichte vernehmen läßt. Daher wird in allen Fällen, wo der Cassationshof zur Entscheidung berufen ist, zuvor bei demselben die Staatsanwaltschaft mit ihren Anträgen (Conclusionen) gehört. Ebenso ist das vorherige Gehör der Staatsanwaltschaft in gewissen Fällen, insbesondre in denen, welche den Staat, die Gemeinden, fromme Stiftungen, Bevormundete rc. betreffen, vorgeschrieben, wie denn die Staatsanwaltschaft in allen übrigen Fällen berechtigt ist, nach den Anträgen der Parteien ihre Rechtsansicht über die streitigen Punkte dem Gerichte vorzutragen. Mit dieser Eigenschaft der Staatsanwaltschaft steht endlich die Befugniß derselben in Verbindung, die in letzter Instanz gesprochenen Erkenntnisse, wenngleich die Parteien sich bei ihnen beruhigt haben oder die Anfechtung derselben mit der Wirkung der Aufhebung ausgeschlossen ist, im Interesse des Gesetzes als gesetzwidrig zu bezeichnen und eine Entscheidung des Cassationshofes hierüber herbeizuführen, welche, wenngleich sie keinen Einfluß auf die angefochtene Entscheidung und die durch sie entschiedenen Verhältnisse äußert, doch als Ausspruch des Cassationshofes ein Präjudiz für die Gerichte bei Behandlung künftiger, gleicher Sachen bildet. — IV. In besonderen, vom Gesetze bestimmten, Fällen treten die Staatsanwälte für den Staat oder das Staatsoberhaupt als Partei vor Gericht auf. In diesen Fällen vertreten sie nicht das Gesetz, sondern sie sind selbst Partei und handeln hier par voie d'action. Sie sind hier die Advocaten des Regenten, beziehendlich des Krongutes. V. In Strafsachen sind die Staatsanwälte zur Vertretung des durch das Gesetz verletzten Staates berufen und verfolgen in dieser Stellung vor den Gerichten das Verbrechen, indem sie die Bestrafung des letzteren beantragen. VI. Endlich sind sie Beamte der vollstreckenden Gewalt, welche insbesondre die Vollziehung der Strafurtheile beantragen.

Eine ausführliche Darstellung dieser verschiedenen Functionen der Staatsanwaltschaft ist in neuerer Zeit von Frey, in seinem Werke: die Staatsanwaltschaft in Teutschland und Frankreich (Erlangen, F. Enke, 1850), geliefert worden.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Feststellung des bei dieser Geschäftszuweisung maßgebend gewesenen Principes schwierig ist. In einer

---

11) Feuerbach spricht hier nur von der Aufsicht über die Gerichte. Es steht jedoch der Staatsanwaltschaft noch das Aufsichtsrecht und eine Disciplinargewalt über die sog. ministeriellen Beamten zu. Unter den letzteren sind die Anwälte, die Gerichtsschreiber und die Gerichtsboten begriffen. Ob auch die Notare hierher gehören, ist bestritten, wird aber meistens verneint. Vgl. Frey S. 28 flg.

sehr dankenswerthen Arbeit Herrmann's im Criminalarchive 1852 S. 289 flg. „der Begriff der Staatsanwaltschaft" ist diese Feststellung versucht und der Begriff der Staatsanwaltschaft aus dem Unterschiede der Gerichtsherrlichkeit und der Gerichtsbarkeit abgeleitet worden. Herrmann bemerkt, indem er diese beiden Bestandtheile der verwaltenden Justizhoheit gegenüberstellt, daß der Gerichtsherrlichkeit der Gedanke einer Gewalt zum Grunde liege, welche die gerichtliche Erledigung der Rechtssachen möglich zu machen und die dazu erforderlichen Maßregeln und Veranstaltungen zu treffen hat, während von der Gerichtsbarkeit im engeren Sinne diese Erledigung selbst geleistet werde. Mit der vollen Entwickelung und Unabhängigkeit des richterlichen Amtes von der Einwirkung des Staatsoberhauptes und seiner unmittelbaren Regierungsgehilfen habe es an einem Organe für die Wahrung und Vertretung der gerichtsherrlichen Rechte gefehlt. Die letzteren seien, soweit möglich, den richterlichen Behörden zugewachsen und von ihnen mit besorgt worden. Sehr richtig bemerkt dabei Herrmann, daß ein Rechtszustand, wie der angeführte, der sich als bloßes Vorhandensein eines richterlichen Amtsorganismus und Fehlen eines gerichtsherrlichen charakterisiren lasse, so lange wenigstens möglich, wenn auch nicht zweckmäßig bleiben werde, als nach der bestehenden Proceßordnung die einzelnen Rechtssachen keine andere justizverwaltende Thätigkeit als die richteramtliche zu ihrer Erledigung erfordern; — daß aber die Sache sich ändere, sobald die Proceßgesetze außerdem noch die regelmäßige Mitwirkung einer anderen für Justizzwecke bestellten Obrigkeit verlangen, wenn also z. B. für den Strafproceß die neue Anklageform adoptirt werde. In dieser neuen Magistratur mache sich jedoch nicht die richterliche, sondern die gerichtsherrliche Gewalt geltend.

Diese Auffassung entspricht der Geschichte und findet in der, der Staatsanwaltschaft eingeräumten Stellung ihre Rechtfertigung, wenngleich man bei der letzteren wohl nicht stets sich der Beziehung der gerichtsherrlichen Gewalt völlig klar gewesen ist. Man erachtete in Frankreich die Staatsanwaltschaft als eine Magistratur, durch welche die Regierung sich einen Einfluß auf die Rechtspflege und hierdurch zugleich auf die Gerichte selbst sicherte. Die Napoleonische Gesetzgebung ist offenbar von dieser Idee geleitet worden und entwickelte consequent dieselbe, wie sie ihr aus dem Königthum überliefert worden war. Man erachtete diese Einwirkung im Interesse der Stellung und Gewalt der Regierung für nothwendig. Es ist zuzugeben, daß die Gewalt der Gerichte durch diese neue Magistratur eine Beschränkung erfahren hat, welche jedoch insoweit für eine berechtigte zu achten ist, als sie auf die Entbürdung der Gerichte von den, mit dem richterlichen Amte nicht wohl verträglichen, Geschäften gerichtet ist und hierdurch zugleich das richterliche Amt selbst auf seine naturgemäßen Grenzen zurückführt. Wir können daher in der Einführung der Staatsanwaltschaft an sich und abgesehen von etwaigen Mißbräuchen, welche die Gesetzgebung, von der

obigen Idee verleitet, in der Geschäftszutheilung an die Staatsanwaltschaft auf Kosten des richterlichen Amtes verschuldet hat, nur einen Gewinn für das Letztere erblicken. Das richterliche Amt erhält eine seiner würdigere Stellung und bewahrt sich vor Einflüssen und Beziehungen, die zur Befestigung des Vertrauens im Volke zur Justizpflege nicht beitragen können.

Soviel hierbei insbesondre die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren anlangt, welche wir nunmehr, bei der Stellung derselben in den teutschen Gesetzgebungen, vorzugsweise in das Auge fassen, so steht sie in unmittelbarer Verbindung mit der Anklageform. Der Antrag auf das Einschreiten der Gerichte gegen die Uebertreter des Strafgesetzes durch einen hierzu berufenen Beamten ist ein charakteristisches Kennzeichen des neuen Strafverfahrens. Es liegt in der Ueberweisung des Strafantrages an einen besonderen Beamten eine der Stellung des Richteramtes und den Interessen der Rechtspflege förderliche Abänderung des teutschen Strafprocesses. In der Aufstellung eines Staatsbeamten wird die Bedeutung der Gesetzesübertretung für die gesammte bürgerliche Gesellschaft anerkannt. Es würde höchst bedenklich sein, die Anklage, mit Ausnahme der den Staat unmittelbar bedrohenden Verbrechen, der Privatanklage zu überlassen, hierdurch aber die Verfolgung des Verbrechens von der Privatwillkür abhängig zu machen und wie auf der einen Seite Nachlässigkeiten, Bequemlichkeit und Erpressungen des Verletzten, so auf der anderen Seite Einschüchterungen Seiten des Verletzers zu begünstigen [13]). Die Aufstellung des Staatsanwaltes läßt sich hier mit Herrmann zweckmäßig auf die Gerichtsherrlichkeit des Staates zurückführen. Es ist eine Aufgabe der Justizgewalt im Staate, das Verbrechen auf dem gesetzlich geordneten Wege zu verfolgen und dem verletzten Gesetze Genugthuung zu verschaffen.

Die Organisation der französischen Staatsanwaltschaft anlangend [14]), so stehen die sämmtlichen staatsanwaltschaftlichen Beamten unter der Oberaufsicht und dem Befehle des Justizministers, während die nächste Leitung der Staatsanwaltschaft dem Generalprocurator am Cassationshofe zu Paris übertragen ist. Unter diesem Generalprocurator stehen die Generalprocuratoren der Appelhöfe und unter diesen Beamten stehen die Procuratoren bei den Gerichten erster Instanz. Dem Generalprocurator am Cassationshofe und den Generalprocuratoren an den Appelhöfen sind Gehilfen oder Stellvertreter beigegeben, welche den Namen Generaladvocaten (avocats généraux) führen. Sie besorgen die Geschäfte der Staatsanwaltschaft nach der vom Generalprocurator bewirkten Vertheilung, sind jedoch im allgemeinen bei

---

13) Vgl. jedoch die Vorschläge von Tippelskirch, im Archiv für preuß. Strafrecht von Goltdammer Bd. II, S. 30 flg.

14) Frey S. 16 flg.

der Ausführung der Geschäfte an die Ansichten des Generalprocurators nicht gebunden und zu allen Verrichtungen der Staatsanwaltschaft bei den Gerichten, ohne Nachweis eines Auftrages oder des Umfanges desselben, berechtigt. Ebenso sind den Procuratoren bei den Gerichten erster Instanz ein oder mehrere Gehilfen (Substituten) beigegeben, welche den Procurator (Oberprocurator) bei Fällen der Abwesenheit oder Verhinderung vertreten. Die Procuratoren selbst gelten jedoch als die Substituten des Generalprocurators an dem Appelhofe des Gerichtssprengels, welcher über sie die Aufsicht führt und an welchen sie zu berichten haben [15]). Interessant ist die Einrichtung, nach welcher die Generalprocuratoren alljährlich bei der Wiedereröffnung des Gerichtsjahres einen Vortrag über die Justizverwaltung oder über einen Gegenstand der Rechtswissenschaft, insbesondre Reformfragen halten [16]). Die Generalprocuratoren senden, jährlich zweimal, Berichte über die Justizverwaltung unmittelbar an das Justizministerium, wobei sie sich vorzugsweise auf die an sie einzuschickenden Berichte und Uebersichten der Procuratoren stützen. Sie stehen in fortdauernder Verbindung mit dem Justizministerium, dem sie in jeder Beziehung, namentlich bei Anstellungen und Beförderungen ꝛc., die nöthigen Auskünfte über Dinge und Personen zu ertheilen haben [17]), wogegen die Procuratoren nicht in unmittelbarer Verbindung mit dem Justizministerium stehen.

In den teutschen Gesetzgebungen führt der oberste Beamte der Staatsanwaltschaft entweder den Titel: Generalstaatsanwalt oder Oberstaatsanwalt; die letztere Amtsbezeichnung führen auch die oberen staatsanwaltschaftlichen Beamten eines Regierungs- oder Appellationsgerichtskreises sowie die Gehilfen und Stellvertreter des Generalstaatsanwaltes.

Die staatsanwaltschaftlichen Beamten bilden ein untheilbares Ganze. Le ministère public est un et indivisible. Die Bedeutung dieses Satzes ist verschieden aufgefaßt worden [18]). Es ist hierbei die Stellung der staatsanwaltschaftlichen Beamten zu ihren Vorgesetzten, insbesondre dem Justizminister, zur Sprache gekommen [19]). Man scheint in Teutschland sich zu der auch in der französischen Gesetzgebung begründeten [20]) Ansicht hinzuneigen, daß der Staatsanwalt den Weisungen des Justizministers wegen Einleitung einer Untersuchung oder auch Bean-

---

15) Le procureur de la république est l'oeil du procureur général, comme le procureur général est l'oeil du gouvernement. Vgl. Frey a. a. O. S. 19. Toutes les fonctions du ministère public sont spécialement et personellement confiés à nos procureurs généraux. Decret v. 6. Juli 1810 Art. 45.

16) Interessante Mittheilungen aus diesen Vorträgen sind in neuerer Zeit vom Dr. Levita zu Paris in dem Gerichtssaale geliefert worden.

17) Vgl. Frey a. a. O. S. 27.

18) Vgl. neuerdings F. Roßhirt, in dem Mag. f. badische Rechtspflege Bd. II, S. 214 flg.

19) Vgl. Ruppenthal, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 416.

20) Vgl. noch über die französische Praxis die Mittheilung vom Faustin Hélie bei Würth, Commentar zur östeer. Strafproceßordn. S. 150 flg.

tragung einzelner Untersuchungshandlungen nachzukommen verpflichtet sei. Allein daraus folgt noch nicht, daß der Staatsanwalt hierbei verpflichtet sei, etwas mehr zu thun, als den Antrag bei dem Gerichte zu stellen, dessen pflichtmäßiges Ermessen durch den Antrag in keiner Weise beschränkt wird. Auch ist er nicht behindert, zu erklären, daß er auf den Befehl des Justizministers den Antrag stelle sowie seine eigene Ueberzeugung kund zu geben. Ebenso kann der Justizminister den Staatsanwalt nicht anweisen, einen gestellten Strafantrag zurückzunehmen [21]), obgleich die Fassung der Gesetze, bei ihrer Allgemeinheit, für die gegentheilige Ansicht angezogen werden kann. Der obige Grundsatz von der Einheit und Untheilbarkeit der Staatsanwaltschaft äußert ferner insofern sich, als jeder staatsanwaltschaftliche Beamte zu denselben Functionen berufen ist und nur die Besorgung im einzelnen mehreren Beamten anvertraut ist. Diese Geschlossenheit der staatsanwaltschaftlichen Magistratur ist zugleich die Legitimation für den einzelnen Beamten zu der Vornahme der bezüglichen Handlungen, weshalb der obere Beamte der Staatsanwaltschaft Erklärungen und Anträge des Staatsanwaltes durch eine entgegengesetzte Erklärung nicht außer Kraft setzen kann [22]). Es ist aber mit dieser Auffassung, nach unserer Meinung, nicht wohl verträglich, räumliche Competenzbestimmungen für die Staatsanwaltschaft wie für die auf einen bestimmten Sprengel angewiesenen Gerichte festzustellen [23]). Es ist eben nur überall die Staatsanwaltschaft, welche durch den einzelnen Staatsanwalt handelt und auftritt, und daher für den Angeklagten kein Grund zur Beschwerde, welcher Staatsanwalt die Verfolgung bei Gericht übernommen habe. Die Gründe, welche die Gesetzgebung bestimmen, dem Angeklagten die Einwendung wegen Unzuständigkeit des Gerichtes zu gestatten, passen nicht auf den Organismus und die Stellung der Staatsanwaltschaft.

Die Staatsanwälte sind bei ihrer Amtführung einer Aufsicht der Gerichte nicht unterworfen. Vernachlässigungen oder Verletzungen ihrer Pflicht können die Gerichte zur Kenntniß der staatsanwaltschaftlichen Vorgesetzten bringen; es können jedoch die Gerichte nicht selbst gegen sie einschreiten. Ebensowenig können sie Strafpräcepte gegen säumige Staatsanwälte erlassen, und es ist nicht passend, durch Fristsetzung für Einreichung der Anklageschriften ꝛc. die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft unter die Controle der Gerichte zu stellen [24]). Von dieser Unabhängigkeit macht Art. 11 des französischen Gesetzes vom 20. April 1810 eine Ausnahme, indem nach demselben das Plenum des Appel-

---

21) Vgl. hierüber und über das Vorhergehende die angez. Abh. Ruppenthal's: das Verhältniß des Staatsanwaltes zum Justizminister in Strafsachen, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 416 flg.

22) Vgl. Roßhirt a. a. O.

23) Vgl. des Verf. Commentar z. kgl. sächs. StrafPO. Bd. I, S. 63 flg.

24) Vgl. insbesondre v. Bertrab, im Gerichtssaale Jahrg. IV, Bd. I, S. 165 flg.

hofes den Generalprocurator zur Verfolgung eines Verbrechens anweisen kann. Die Motive dieser singulären Bestimmung liegen in der damaligen Ausdehnung des französischen Reiches, welche es dem Justizminister unmöglich machte, die Strafrechtspflege vollständig zu überwachen, und passen daher nicht auf die teutschen Länder, wo man auch jene Bestimmung nicht adoptirt hat. Andererseits sind die Gerichte an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden und ihre richterliche Selbstständigkeit durch letztere nicht beschränkt.

Von Einfluß ist die Frage, ob die Staatsanwälte von der Regierung willkürlich entlassen werden können[25]). Man hat sie den Verwaltungsbeamten gleichstellen wollen, weil sie Beauftragte der Regierung zur Geltendmachung der Interessen des Staates seien, und sie für entlaßbar erklärt. So in Frankreich. Allein der Staatsanwalt ist ein Justizbeamter, ein Magistrat zur Mitwirkung bei der Rechtspflege berufen, und es paßt daher auf ihn die Analogie der Verwaltungsbeamten nicht.

In Teutschland tritt die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft vorzugsweise bei der Untersuchung und Aburtheilung strafbarer Handlungen ein. Man vernimmt insbesondre hierbei die Aeußerung, daß der Staatsanwalt berufen sei, das durch das Verbrechen verletzte Interesse der bürgerlichen Gesellschaft zu vertreten. Die Ansichten über die Modalität dieser Vertretung sind jedoch sehr verschieden. Die Gesetzgebungen Teutschlands haben sich davon fern gehalten, den Staatsanwalt lediglich als öffentlichen Ankläger hinzustellen, vielmehr ihn mehr oder weniger als eine Staatsbehörde mit obrigkeitlichen Rechten aufgefaßt[26]). Dies gilt insbesondre von dem Vorverfahren, — weniger von der Hauptverhandlung. Die Beschränkung der Staatsanwaltschaft auf die Parteistellung eines öffentlichen Anklägers verträgt sich nicht mit dem Berufe, den man ihr von einem höheren Standpunkte des Staates und des Rechtes zuweist. Allerdings kann man — wie eingewendet worden ist — auch einen Ankläger mit redlichen Mitteln seiner Thätigkeit sich denken. Es ist mit dem Begriffe des öffentlichen Anklägers ebensowenig wie mit dem des Klägers eine leidenschaftliche, unredliche und unwahre Verfolgung des Parteistandpunktes verbunden. Allein jedenfalls ist eine Parteieinseitigkeit die charakteristische Natur solcher Stellung. Es kann der Partei nicht angesonnen werden, daß sie den Gegner auf die ihm vortheilhaften Thatsachen und Rechtsgründe aufmerksam mache und sogar die Beweismittel für erstere bezeichne und beibringe. Die Anklageform, welche in den neuen Strafproceßgesetzen adoptirt worden, ist nun keineswegs der Anklageproceß und das Untersuchungsprincip durch jene nicht verdrängt worden[27]). Es ist daher auch eine Parteien-

25) Vgl. Mittermaier, teutsches Strafverf. Th. I, §. 45, Anm. 76.
26) Vgl. noch über diesen Unterschied Zachariä a. a. O. S. 265 flg.
27) Vgl. Daniels S. 85 flg.

organisation, wie sie der Civilproceß verlangt, durch die Anklageform nicht bedingt. Der Richter entscheidet über die Anträge der Staatsanwaltschaft wie über die des Angeklagten. Allein weder ist der erstere hierdurch behindert, selbstständig und ohne Beschränkung auf die gestellten Anträge, die Wahrheit zu ermitteln, noch die Staatsanwaltschaft gerechtfertigt, wenn sie nur die zur Aufrechthaltung der Anklage dienlichen Anträge stellen und die hierzu förderlichen Momente berücksichtigen wollte. Gehen wir die teutschen Proceßordnungen durch, so finden wir, daß nicht eine dem Staatsanwalte einen solchen Parteistandpunkt angewiesen hat. Nur bei einem Parteistandpunkte des Staatsanwaltes aber würde die Einwendung [28]) gegründet sein, daß die Aufstellung des Staatsanwaltes mit der Erhabenheit des Regenten und der sittlichen Würde des Staates unvereinbar sei. Der Staatsanwalt ist nicht einmal der unbedingte Gegner des Vertheidigers, sondern mit diesem und dem Richter berufen, die Wahrheit und nur die Wahrheit zu ermitteln und festzustellen. Bei einer anderen Auffassung des Berufes der Staatsanwaltschaft würde — wie man wohl auch eingewendet hat — die Mitwirkung des Staatsanwaltes leicht zu einer Rechtsverkümmerung für den Angeklagten führen und auch dem schuldlosen Angeklagten den Nachweis seiner Unschuld wesentlich erschweren. Findet man endlich — wie von Herrmann, gedachter Maßen, geschehen — in der Staatsanwaltschaft den Ausfluß und die Ausübung der Gerichtsherrlichkeit, so würde eine solche Parteieinseitigkeit einen unauflöslichen Widerspruch mit letzterer enthalten [29]). Es ist hierdurch von selbst auch die Idee widerlegt, als ob der Staatsanwalt oder die Regierung durch die Freisprechung eines Angeklagten eine Niederlage erleide. Es war diese Ansicht in den Jahren 1848 und 1849 bei der damaligen Bewegung oft gehört worden. Man fand in der Anklage bei Preß- und politischen Vergehen einen Angriff der Regierung auf die neue Freiheit und in der Lossprechung eine Niederlage der ersteren und eine Anerkennung der letzteren. Eine solche Auffassung ist einer getrübten Anschauung der Stellung der Regierung zur Rechtspflege und der Aufgabe der Rechtspflege selbst entsprungen.

Die Vertretung des Staates bei der Verfolgung von Verbrechen ist nicht auf die den Staat unmittelbar gefährdenden Verbrechen zu beschränken. In einer solchen Beschränkung würde die Staatsanwaltschaft und mit ihr der Staat selbst auf einen Parteistandpunkt zurückgedrängt. Man fragt billig, weshalb bei diesen Verbrechen eine besondere Vertretung nöthig sei, wenn man bei allen anderen Verbrechen entweder nur den Verletzten als Kläger zuläßt oder die ungetheilte strafrechtliche Verfolgung dem Richter zuweist. Der Verletzte kann bei letzterer, auch bei noch so großer Begünstigung seines Anklageamtes,

28) Vgl. hierüber Mittermaier, Mündlichkeit rc. S. 314 flg.
29) Vgl. noch Herrmann a. a. O. S. 316 flg.

niemals dem Staatsanwalte gleichgestellt werden und die Stellung des Richters bei den politischen Verbrechen ist keine andere als bei den übrigen Verbrechen und seine Befugniß zum Einschreiten von Amtswegen kann, wenn man dasselbe einmal statuiren will, nicht auf die Privatverbrechen beschränkt werden. Eine solche partikulare Vertretung des Staates würde weder der Würde des Staates noch der Bedeutung des Verbrechens entsprechen.

Die Gründe für das Princip, daß die Untersuchung nur auf Betreiben eines hierzu bestellten Beamten von dem Richter eingeleitet werde, sind bekannt. Die Entlastung des richterlichen Amtes von jeder die Ueberzeugung von der Unparteilichkeit des Richters möglicherweise verdächtigenden Thätigkeit ist eine Nothwendigkeit geworden. Das Klageamt wird der richterlichen Behörde abgenommen und einem besonderen hierzu bestellten Beamten übertragen. Mit Recht hat man deshalb den Staatsanwalt den promotor inquisitionis genannt. Ehe er den Antrag auf Untersuchung stellt, wird er auf Grund der polizeilichen Vorerörterungen die Räthlichkeit und Erheblichkeit desselben zu prüfen haben. Hiermit steht die Frage in Verbindung, ob und inwieweit der Staatsanwalt befugt sei, die weitere Verfolgung von ihm gemachten Anzeigen und insbesondre die Antragstellung zu unterlassen [30]). In Frankreich gestattet man dem Staatsanwalte, von der weiteren Verfolgung abzusehen, wenn bei derselben das öffentliche Interesse nichts gewinnen würde [31]). In Teutschland hat man diese Ansicht nicht adoptirt. Es ist nur Sache der Gnade, von der Verfolgung von Verbrechen abzusehen. Selbstverständlich steht dagegen der Staatsanwaltschaft die Befugniß zu, Anzeigen auf sich beruhen zu lassen, zu deren Bescheinigung genügende Thatsachen nicht ermittelt worden sind [32]). Es würde angemessen sein, wenn die Gesetzgebungen davon ausgingen, daß der Antrag auf Untersuchung nur erst dann gestellt werde, wenn er gegen eine bestimmte Person gerichtet werden kann [33]). Erst mit Ermittelung eines bestimmten Bezüchtigten erhält die Untersuchung eine feste Richtung und eine unmittelbare Beziehung auf die künftige Entscheidung. Allgemeine Anträge auf Untersuchung wegen des oder jenes angezeigten Verbrechens, ohne Bezeichnung eines Bezüchtigten, wollen in der That nicht viel bedeuten und entsprechen nicht dem Principe, von welchem man bei Uebertragung des Anklageamtes an den Staatsanwalt ausging, wie sie auch in der That dem Richter keinen Anhalt gewähren und ihm die beabsichtigte freiere Stellung nicht verschaffen. Die Vorschrift, daß der Antrag auf Untersuchung gegen eine

30) Mittermaier, die Mündlichkeit ꝛc. S. 328 flg. Hannöv. Magaz. für Rechtspflege Bd. III, S. 130 flg.
31) Mittermaier a. a. O.
32) Vgl. noch des Verf. Commentar z. kgl. sächs. StrafPO. Bd. I, S. 194.
33) Vgl. kgl. sächs. StrafPO. Art. 109.

bestimmte Person gerichtet werde, führt allerdings zu einer Ausdehnung der gerichtspolizeilichen Vorerörterungen. Allein eine solche kann nicht bedenklich sein, wenn man die wichtigeren Handlungen, z. B. Sectionen, Erlassung von Steckbriefen, eidliche Abhörungen ꝛc., den Gerichten zuweist, bei denen die Staatsanwaltschaft die diesfallsigen Anträge zu stellen hat[34]).

Bei diesen gerichtspolizeilichen Vorerörterungen[35]) kommt das Verhältniß des Staatsanwaltes zu den Polizeibehörden in Betracht. Der Staatsanwalt ist berufen, den Antrag auf Untersuchung zu stellen und zu vertreten. Die Vorerörterungen sollen das Material zur Begründung des Antrages und auch wenigstens zu den ersten Erörterungen in der Untersuchung liefern. Dadurch erhalten die Vorerörterungen eine Beziehung auf die Untersuchung selbst, und ihre Richtung wird durch den Zweck der letzteren nothwendig bedingt. Es ist daher dem Staatsanwalte die Leitung der Vorerörterungen anzuvertrauen und er als der Mittelpunkt der zur Vornahme derselben befugten Behörden und Beamten anzusehen. Nur wenn man dem Staatsanwalte diese Stellung einräumt und die Polizeibehörden anweist, den Anträgen der Staatsanwaltschaft unbedingte Folge zu geben (dafern sie nur überhaupt rechtlich zulässig sind), ist durch die Vorerörterungen eine sichere Basis für die Untersuchung selbst und eine einheitliche Richtung beider zu erzielen. Eine gleichmäßige Berechtigung der Polizeibehörden (neben dem Staatsanwalte) zu selbstständigem Einschreiten (außer den Eilfällen) führt leicht zu Collisionen und auch zu Vernachlässigungen, wenn jede der beiden Behörden darauf sich verläßt, daß die andere Behörde das in der Sache Nöthige besorgen werde[36]).

In Frankreich gilt der Staatsanwalt als der Oberbeamte der gerichtlichen Polizei. Neben ihm fungirt ein wahres Heer von Hilfsbeamten, indem alle Polizeibedienstete, bis zu den Flur- und Waldschützen herab, als Hilfsbeamte im Gesetze bezeichnet und mit den nicht unwichtigen Befugnissen derselben bekleidet werden. Diese Hilfsbeamten verfahren ziemlich selbstständig und ihre Befähigung ist oft eine sehr geringe[37]). Man ist einig darüber, daß die fragliche Organisation nicht

---

34) Vgl. kgl. sächs. StrafPO. Art. 109.

35) Vgl. über dieselben Daniels S. 56 flg. Mittermaier, das teutsche Strafverf. §. 46 (Bd. I, S. 273 flg. Ed. III.). Schwarze, im Criminalarchive 1849 S. 483 flg. Brauer, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 159 flg. Wieck, über die Aufgabe und den Wirkungskreis der gerichtlichen Polizei (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Braunschweig Bd. I, S. 117 flg. S. 133 flg.). Ueber die Behauptung, daß die Staatsanwaltschaft neben der Polizeibehörde überflüssig sei, Crim. Archiv 1842 S. 447.

36) Vgl. des Verf. Commentar Bd. I, S. 144 flg. Vgl. noch Rüttimann, in s. Ausg. der StrafPO. v. Zürich S. 56 flg.

37) Vgl. noch Feuerbach a. a. O. S. 340 flg. Daniels a. a. O. Frey S. 64 flg.

empfehlenswerth ist. Die badische Strafproceßordnung[38]) erkannte auch in diesem Punkte zuerst das Richtige, indem sie die gerichtspolizeilichen Hilfsbeamten nur alsdann selbstständig auftreten läßt, wenn der Staatsanwalt abwesend oder verhindert oder wenn Gefahr auf dem Verzuge ist. In diesen Fällen üben sie alle Befugnisse des Staatsanwaltes aus.

Die Thätigkeit der Gerichtspolizei beschränkt sich, genau genommen, auf die Aufsuchung und einstweilige Verwahrung des Bezüchtigten, Nachforschung und Beschlagnahme der Werkzeuge und Gegenstände der Verletzung und Erhaltung der Spuren des Verbrechens. Man hat jedoch, namentlich in Frankreich, die Befugnisse der Gerichtspolizei wesentlich erweitert. In den Fällen des délit flagrant und den ihm gleichgeachteten (Art. 32, 46 Code d' J. Cr.) ist derselben volle Gewalt verliehen und jede Beschränkung ziemlich illusorisch geworden, da der unbestimmte und dehnbare Begriff des délit flagrant[39]) von der Praxis in einer alle Principien verleugnenden Weise interpretirt und angewendet worden ist. Die Gerichtspolizei wird leicht die Mehrzahl der Fälle als délits flagrants bezeichnen und daher von dieser außerordentlichen Gewalt Gebrauch machen können. Man weiß insbesondre, wie der Fall des délit flagrant, welchen das Gesetz mit clameur publique bezeichnet, in der Praxis benutzt worden ist[40]), um den Gebrauch der für den Fall des délit flagrant gestatteten Befugnisse zu rechtfertigen. Es ist für außergewöhnliche Fälle, welche schlechterdings ein sofortiges Einschreiten der Behörde erfordern, bei der Abwesenheit der zuständigen Beamten eine ausgedehntere Gewalt den Polizeibehörden einzuräumen. Allein diese Fälle sind auf Nothfälle und die bezüglichen Handlungen auf unaufschiebbare zu beschränken[41]).

Der Staatsanwalt ist kein richterlicher Beamter. Es ist daher bedenklich, ihm die Vornahme von Untersuchungshandlungen in anderen als Nothfällen zu gestatten. Auch verträgt sich die Vornahme solcher Handlungen nicht wohl mit der Stellung, welche er dem Angeklagten gegenüber im Verfahren einnimmt. Er kann nicht füglich Beweisaufnahmen zur Begründung seiner eigenen Anklage vornehmen. Man würde leicht Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit schöpfen.

Der Satz, daß das Gericht mit der Untersuchung der Sache nur durch den Antrag der Staatsanwaltschaft befaßt werde, erleidet noch einige Ausnahmen[42]). Die Gesetzgebungen gestatten dem Gerichte, in Eilfällen bei Abwesenheit oder Verhinderung der Gerichtspolizeibehörden die unaufschieblichen Handlungen, behufs der Festhaltung des Bezüchtigten, Feststellung des Thatbestandes und Erhaltung der Spuren des Verbrechens, auch ohne daß bereits ein Antrag der Staatsanwaltschaft,

---

38) Vgl. §. 51 u. Thilo, Commentar S. 60 flg.
39) Vgl. Brauer, im Gerichtssaale 1855 Bd. II, S. 282 flg.
40) Mittermaier, Mündlichkeit rc. S. 328.
41) Vgl. noch Brauer a. a. O.
42) Daniels S. 85 flg., 88.

auf Untersuchung gestellt worden ist, vorzunehmen. Insoweit ist das Gericht gleichsam der immerwährende, gesetzliche Stellvertreter des Staatsanwaltes. Deshalb hat es sich auch auf die unaufschieblichen Handlungen[43]) zu beschränken, das Ergebniß derselben sofort dem Staatsanwalte mitzutheilen und nunmehr die weiteren Anträge des Letzteren abzuwarten.

Eine weitere Ausnahme begegnet uns bezüglich der auf Antrag des Verletzten zu untersuchenden Verbrechen[44]). Es wird hier zweckmäßig unterschieden, aus welchen Gründen das Gesetz die strafgerichtliche Verfolgung von dem Antrage des Verletzten abhängig gemacht hat. Es giebt Verbrechen, wo die Rücksicht, welche das Gesetz zu dieser Bestimmung bewog, mit der Antragstellung selbst sich erledigt hat. Dies ist insbesondre bei den Verbrechen der Fall, wo nicht die persönlichen Verhältnisse und Beziehungen des Verletzten maßgebend gewesen, sondern die Natur des Verbrechens selbst. Hierher gehören: Betrug in Vertragsverhältnissen, Selbsthilfe, Victualiendiebstahl ꝛc. Ihnen gegenüber stehen Ehebruch, Verwandtendiebstahl, Injurie ꝛc. Bei diesen Verbrechen ist die nur gedachte Rücksicht für die ganze Dauer der Untersuchung maßgebend[45]). Es rechtfertigt sich daher, die Verfolgung der erstgedachten Verbrechen, sobald der Beschädigte den Strafantrag gestellt hat und vorbehältlich des Befugnisses desselben zum Widerrufe, dem Staatsanwalte zu übertragen und sie processualisch im übrigen ebenso wie die von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen zu behandeln. Anders gestaltet sich das Verhältniß bei der zweiten Klasse. Hier ist es zweckmäßig, wenn die Verfolgung lediglich dem Verletzten überlassen wird und dieser verpflichtet ist, den Antrag unmittelbar bei Gericht zu stellen, welches über ihn Entschließung faßt, ohne daß eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Untersuchung stattfindet (Privatanklage). Einige Gesetzgebungen gestatten auch bei der ersteren Klasse von Verbrechen dann dem Verletzten als Privatankläger das Verbrechen zu verfolgen, wenn die Staatsanwaltschaft die beantragte Verfolgung abgelehnt hat.

Sobald der Antrag von dem Staatsanwalte gestellt und die Eröffnung der Voruntersuchung von dem Gerichte beschlossen worden ist, kann die Staatsanwaltschaft — nach der richtigen Ansicht — den

---

43) Die königl. sächs. StrafPO. bestimmt bezüglich dieser Handlungen im Art. 116, daß sie nicht als zur Voruntersuchung gehörig anzusehen sind, daß jedoch bei ihnen gleichfalls die für Untersuchungshandlungen dieser Art in dem Gesetze vorgeschriebenen Formen beachtet werden sollen und ihnen, wenn solches geschehen, gleiche Beweiskraft zukomme, als wenn sie nach Eröffnung der Voruntersuchung vorgenommen worden wären.

44) Ueber die franz. Einrichtung der Privatklagen (bei den Zuchtpolizeigerichten und Polizeigerichten) vgl. Höchster §. 36, 60.

45) Vgl. Schwarze, Commentar z. StrafPO. Th. I, S. 75 flg.

Antrag nicht wieder einseitig zurücknehmen[46]). Die Grundsätze über die Rücknahme der Klage im bürgerlichen Processe passen nicht hierher. Jedenfalls kann die Staatsanwaltschaft eine Anklage nicht in der zu ihrer Aburtheilung bestimmten Sitzung zurücknehmen. Die Formel, mit welcher sie selbst eine Freisprechung von der Anklage für gerechtfertigt erklärt, lautet bekanntlich: je me rapporte à la sagesse du jury.

Die Ansicht, daß die Thätigkeit und Mitwirkung der Staatsanwaltschaft auf die Hauptverhandlung beschränkt werde, ist in keiner Weise zu billigen[47]). Sie sieht in dem Staatsanwalte nur das Gegengewicht gegen die Vertheidiger gegenüber den Geschworenen und macht den ersteren in den Fällen völlig überflüssig, wo ein Vertheidiger des Angeklagten nicht auftritt. — Die Stellung des Staatsanwaltes in der Voruntersuchung ist in neuerer Zeit wiederholt besprochen worden[48]). Es macht sich von einigen Seiten das Bestreben geltend, dem Staatsanwalte einen unmittelbaren Einfluß auf die gerichtliche Voruntersuchung selbst zu gestatten, insbesondre ihm die Befugniß einzuräumen, daß er den Verhören des Angeschuldigten und den Befragungen der Zeugen beiwohne[49]). Die Nachtheile einer solchen Einmischung für das richterliche Ansehen und die Einheit in der Untersuchung sowie auch für die Stellung des Angeschuldigten bedürfen keiner besonderen Nachweisung[50]). Dagegen ist der Untersuchungsrichter verpflichtet, den Staatsanwalt von der Vornahme von Localerörterungen in Kenntniß zu setzen, und dieser berechtigt, denselben beizuwohnen, um hierbei die Punkte zu bezeichnen, auf welche er die Erörterung ausgedehnt wissen will. Ebenso darf der Richter keinen Antrag des Staatsanwaltes ohne Resolution beseitigen und hat bei vorhandener Differenz der Meinungen die Entschließung des Collegialgerichtes einzuholen[51]). Ob und inwieweit das Gericht, auch ohne diesfallsigen Antrag der Staatsanwaltschaft, die Untersuchung auf später entdeckte Verbrechen desselben Angeschuldigten oder später entdeckte Complicen bei demselben Verbrechen ausdehnen dürfe, ist bestritten[52]).

Eine wichtige Aufgabe ist der Staatsanwaltschaft durch die ihr auferlegte Anfertigung der Anklageschrift zugewiesen worden. Die

---

46) Mittermaier, die Mündlichkeit ꝛc. S. 323 u. Crim. Archiv 1849 S. 216 flg. Daniels S. 61. Bomhard, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. I, S 136 flg.

47) Mittermaier, Mündlichkeit ꝛc. S. 318.

48) Mittermaier, im Crim. Archive 1849 S. 211 flg. Sprung, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. I, S. 161 flg.

49) Bertrab a. a. O.

50) Mittermaier a. a. O. Crim. Archiv 1855 S. 210 flg. Schwarze, N. Jahrb. f. sächs. Strafrecht Bd. VIII, S. 286.

51) Daniels S. 89.

52) Vgl. Mittermaier a. a. O. Ressel, das preuß. Strafgesetz v. 1846 S. 93 flg.

Bedeutung derselben tritt in der Praxis besonders stark hervor[53]). Es ist nicht passend[54]), die Staatsanwaltschaft zur Einreichung der Anklageschrift vor der Entscheidung der Raths- und der Anklagekammer anzuweisen und ihr nur nachzulassen, die Anklageschrift nach Inhalt des gefällten Verweisungserkenntnisses nachträglich abzuändern. Die Anklageschrift soll lediglich auf dem letzteren beruhen und die Ausführung desselben enthalten, wogegen eine gerichtliche Controle über die Uebereinstimmung beider Urkunden mit der Stellung der Staatsanwaltschaft nicht vereinbar ist. Eine solche Controle legt einen Haupttheil der Verantwortlichkeit für die Anklageschrift auf das Gericht selbst, identificirt dasselbe mit der Staatsanwaltschaft und stempelt den Staatsanwalt zu einem Beauftragten des Gerichtes zur Durchführung eines von diesem gefaßten Beschlusses.

Die Aufstellung der Liste der Zeugen und der Beweismittel gebührt dem Staatsanwalte. Auch hier ist jede Einmischung des Gerichtes unpassend[55]). Die Vertretung und Durchführung der Anklage liegt dem Staatsanwalte ob. Es ist daher auch ihm die Wahl der Beweismittel zu überlassen. Völlig unzweckmäßig und der Stellung der Staatsanwaltschaft widersprechend ist es, wenn man sie verpflichtet, bei ihrem Antrage auf Fortstellung des Verfahrens und Verweisung des Bezüchtigten zur Hauptverhandlung die Beweismittel, welche sie bei letzterer gebrauchen will, dem Gerichte anzuzeigen, und dasselbe zur Entscheidung über die Herbeiziehung dieser Beweismittel anweist[56]). Die Staatsanwaltschaft ist erst mit dem Anklageerkenntnisse in den Stand gesetzt, die Richtung des Beweises in der Hauptverhandlung vorzubereiten und hiernach die Wahl unter den Beweismitteln zu treffen. Stimmt das Anklageerkenntniß mit dem Antrage nicht überein, so wird häufig auch die übergebene Liste der Beweismittel nicht mehr passen und die Entscheidung des Gerichtes über diese Liste keine Basis mehr haben.

Die Staatsanwaltschaft soll auf diese Liste auch diejenigen Beweismittel setzen, welche zur Herstellung des Entlastungsbeweises dienlich sind[57]). Der Angeklagte kann bei dem Staatsanwalte auf Vervollständigung der Liste durch Aufnahme von solchen Beweismitteln antragen[58]). Es ist hierdurch für die Interessen der Vertheidigung nicht gehörig gesorgt. Es ist zweckmäßig, wenn dem Angeklagten gestattet wird, mit seinen Anträgen sich an das Gericht zu wenden und bei

53) Mittermaier, über die Gefahren der unzweckmäßigen Abfassung der Anklageschriften, im Crim. Archive 1852 S. 413 flg.

54) Vgl. z. B. die thüring. StrafPO. Art. 194 flg.

55) Vgl. jedoch z. B. thüring. StrafPO. Art. 195.

56) Schwarze, im Gerichtssaale Jahrg. VI, Bd. I, S. 317 flg.

57) Die hannöv. StrafPO. Art. 141 macht dies dem StAnwalte ausdrücklich zur Pflicht.

58) Höchster §. 236.

diesem die Vorladung der Zeugen rc. zu beantragen[59]), obschon sich nicht in Abrede stellen läßt, daß das Gericht hierdurch in die Wahl der Beweismittel auf eine seiner unparteiischen Stellung nicht recht zusagende Weise hineingezogen wird. Allein eine völlige Freigebung des Befugnisses des Angeklagten, die Vorladung von Zeugen rc. bei dem Gerichte zu verlangen, würde zu öffentlichen Mißbräuchen führen.

Weiter begegnen wir einer Bevorzugung des Staatsanwaltes, gegenüber dem (verhafteten) Angeklagten, rücksichtlich der Kenntnißnahme von den für die Schwurgerichtssitzung berufenen Geschworenen. Die Praxis hat häufig die gesetzliche Vorschrift[60]) wegen der Zustellung der Geschwornenliste an den Angeklagten dadurch werthlos gemacht, daß sie in der Verletzung derselben keine Nichtigkeit gefunden[61]). Es ist ohnedem dem Staatsanwalte, bei seiner amtlichen Stellung, viel mehr als dem Angeklagten, die Erforschung der Verhältnisse rc. der einzelnen Geschworenen erleichtert und er hierdurch bei Ausübung des Ablehnungsrechtes begünstigt.

Eine sehr bedeutende Bevorzugung der Anklage enthält ferner die Befugniß des Staatsanwaltes, nach Verlesung der Anklageschrift, die Anklage weiter zu entwickeln und zu rechtfertigen[62]), ohne daß der Vertheidigung gestattet ist, die Geschworenen im voraus auf die zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Thatsachen aufmerksam zu machen. Ist schon die Vorlesung der Anklageschrift, ja selbst des Verweisungserkenntnisses eine Benachtheiligung für den Angeklagten, da hierdurch, insbesondre bei der nicht seltenen Art der Abfassung der Anklageschrift, die Geschworenen bereits gegen den Angeklagten leicht eingenommen werden, so wird dieser Nachtheil vorzugsweise bei der Kraft des lebendigen Wortes bedeutend. Es werden in derartigen Entwickelungen der Anklage Thatsachen als bereits völlig bewiesen hingestellt, welche erst den Gegenstand der mündlichen Beweisaufnahme bilden sollen, und dieselben in eine innere Verbindung gebracht, welche einen unabweislichen Schluß auf die Schuld des Angeklagten hervorbringt.

Manche Gesetzgebungen begünstigen ferner den Staatsanwalt bezüglich der Fragstellung an die Zeugen und Sachverständigen sowie an den Angeklagten, indem sie ihm das Recht einräumen, die Frage direct an die betreffende Person zu richten, während der Angeklagte Fragen an die Zeugen und Sachverständigen nur durch den Präsidenten richten und letzterer ihm ungeeignet scheinende Fragen zurückweisen kann[63]).

---

59) Vgl. z. B. kgl. bayer. StrafPG. Art. 128 flg. Kgl. sächs. StrafPO. Art. 261.

60) Vgl. Höchster §. 237.

61) Vgl. oben in diesem Rechtslexikon Bd. X, S. 73 flg.

62) Vgl. oben in diesem Rechtslexikon Bd. X, S. 47, 81 flg.

63) Ueber das in der preuß. Gesetzgebung nachgelassene Verhör der Zeugen rc. durch den Staatsanwalt und den Angeklagten — von welchem jedoch in der

Bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Enderkenntnisse ist zuvörderst die Frage[64]) wichtig, ob — wenigstens bei Erkenntnissen eines Assisengerichtes — der Staatsanwalt das Erkenntniß wegen Formfehler der vorausgegangenen Verhandlung anfechten könne. Man hat meistentheils die Frage verneint, weil die Formen der mündlichen Verhandlung nur das Interesse der Vertheidigung bezweckten und dem Angeschuldigten nicht zugemuthet werden könne, wegen solcher, von ihm nicht verschuldeter Fehler sich einer anderweiten Verhandlung und möglicherweise der Gefahr einer Verurtheilung auszusetzen. Allein wie die Beschränkung auf schwurgerichtliche Erkenntnisse ebensowenig in sich gerechtfertigt ist als der letztere Grund bei Formfehlern, welche die Berathung und Beschlußfassung der Jury und des Gerichtes sowie das Verdict und das Erkenntniß selbst betreffen, Platz ergreifen würde, so ist der Ausschluß der Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes überhaupt nicht zu billigen. Der Angeschuldigte kann nicht deshalb, weil er losgesprochen worden ist, die Unantastbarkeit des Urtheiles auch dann fordern, wenn klar vorliegt, daß die gesetzlichen Formen zum Nachtheile des Anschuldigungsbeweises verletzt worden sind. Die Formen sind, wo nicht das Gesetz es ausdrücklich ausspricht, nicht lediglich zu Gunsten der Vertheidigung, sondern zur Regelung des Verfahrens und der Beweisaufnahme überhaupt festgesetzt. Der Angeklagte hat kein Recht auf Unterdrückung der Wahrheit, sondern nur darauf, daß sie in Anwendung der gesetzlichen Formen ermittelt werde.

Eine andere Frage ist[65]), ob der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde zum Nachtheile des verurtheilten Angeklagten wegen irriger Gesetzesanwendung mit der Wirkung einwenden könne, daß statt des angewendeten Strafgesetzes nunmehr ein härteres Strafgesetz angewendet und die Handlung des Angeklagten unter dasselbe subsumirt werde? — Es ist nicht zu bezweifeln, daß dem Staatsanwalte die Nichtigkeitsbeschwerde für die Fälle zu gestatten sei, wo der Angeklagte wegen rechtlicher Straflosigkeit der für bewiesen erachteten That losgesprochen wird. Ob aber sie ihm auch zu dem Zwecke zu gestatten sei, um die Subsumtion der That unter ein strengeres Strafgesetz als unter das angewendete herbeizuführen, kann wohl bezweifelt werden, wenngleich eine consequente Durchführung des Principes der Staatsanwaltschaft die Bejahung der Frage verlangt. Das Strafrecht des Staates ist ausreichend dadurch gewahrt, daß überhaupt eine strafbare Handlung mit Strafe belegt und nicht straflos gelassen wird.

Selbstverständlich kann die zum Nachtheile des Angeklagten eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes nur auf Formfehler

---

Praxis kein Gebrauch gemacht wird — vgl. Dieterici, in Goltdammer's Archiv Bd. II, S. 508 in Verb. mit Bd. I, S. 58.

64) Vgl. dieses Rechtslex. Bd. X, S. 118 flg.

65) Vgl. Rechtslex. Bd. X, S. 120 flg.

und Rechtsverletzungen gestützt werden, welche die Anklage und deren Durchführung beeinträchtigten. Andererseits ist dem Staatsanwalte die Befugniß nicht zu versagen, auch zu Gunsten des Angeklagten eine Nichtigkeitsbeschwerde einzuwenden, wenn in der Vollstreckung des Erkenntnisses eine offenbare Rechtswidrigkeit für den Angeklagten liegen würde. Die Einräumung dieser Befugniß ist häufig, jedoch mit Unrecht, als ein Widerspruch mit der gegenseitigen Stellung des Staatsanwaltes und des Angeklagten und eine unzulässige Bevormundung des Letzteren getadelt worden [66]). Es fließt vielmehr diese Befugniß recht eigentlich aus der Stellung, welche der Staatsanwaltschaft einzuräumen ist [67]). Die Vertretung des Gesetzes und der bürgerlichen Gesellschaft ist mit einer Parteistellung unverträglich; sie fordert vielmehr die Mitwirkung zu einem gerechten Erkenntnisse und die Anwendung der geeigneten Mittel zur Herbeiführung eines solchen. Der Beamte des Staates darf nicht eine Rechtsverkümmerung des Angeklagten geschehen lassen und im Namen des Staates dieselbe vollziehen helfen [68]). Es kommt dazu, daß der Angeklagte häufig nicht mit einem Vertheidiger versehen und als Laie die rechtliche Zulässigkeit der Entscheidung nicht übersehen kann. Wir würden jedoch diese Befugniß des Staatsanwaltes nicht auf die Berufung gegen die Erkenntnisse bezüglich der Ueberführungsfrage ausdehnen [69]). Ist der Angeklagte, seines Leugnens ungeachtet, für überführt erklärt und wendet er hiergegen ein Rechtsmittel nicht ein, so kann man wohl in den meisten Fällen in dieser Unterwerfung unter das Erkenntniß ein Zugeständniß seiner Richtigkeit finden. Es handelt sich hier nicht um Form- und Rechtsfragen, um offenbare Irrthümer des Gerichtes in der processualen Behandlung und juristischen Aburtheilung der Sache, sondern um eine Thatfrage, um eine Entscheidung, zu deren Prüfung der Angeklagte in seinem eigenen Inneren am besten befähigt ist.

Mehrere Gesetzgebungen Teutschlands räumen dem Staatsanwalte eine Mitwirkung bei der Strafvollstreckung insoweit ein, als die Strafe auf sein Betreiben vollstreckt und die Vollstreckung von ihm überwacht wird, während andere Gesetzgebungen, in Festhaltung der teutschrechtlichen Ansicht, welche die Strafvollstreckung als einen Theil der rein gerichtlichen Geschäfte betrachtet, die Gerichte anweisen, von Amtswegen die Vollstreckung zu verfügen und zu überwachen.

Schließlich kann hier noch erwähnt werden, daß in Teutschland gerade die Auffassung und Verwaltung des staatsanwaltschaftlichen Amtes im allgemeinen eine sehr würdige und befriedigende genannt

---

66) Vgl. hierüber Wochenbl. f. d. Rechtspfl. in Thüring. 1852 Nr. 14.

67) Mittermaier, Mündlichkeit S. 319. Thesmar, Staatsanw. S. 37. — Kgl. preuß. Gesetz v. 1852 Art. 1. Kgl. sächs. StrafPO. Art. 20.

68) Vgl. noch Herrmann S. 315 flg.

69) Commentar des Verf. zur kgl. sächs. StrafPO. Bd. I, S. 66.

werden kann und daß Klagen, wie sie in Frankreich hierüber häufig gehört werden, in Teutschland unbekannt sind. Der Ernst, die Gewissenhaftigkeit und die gründliche Bildung der teutschen Beamten hat auch hier schnell den richtigen Standpunkt bei Ausführung des neuen Verfahrens gewonnen und zur günstigen Entwickelung desselben wesentlich beigetragen. Wie ihre Energie und Festigkeit, so hat auch ihre Unparteilichkeit und Ruhe bei Verwaltung ihres Amtes allgemeine Anerkennung gefunden, und es hat sich das Verhältniß der Staatsanwälte zu den Gerichten und zu den Vertheidigern in einer alle Betheiligte ehrenden, das Vertrauen zu einer gerechten Justizpflege erhöhenden und die Zwecke derselben wahrhaft fördernden Weise entwickelt. In diesem harmonischen Zusammenwirken liegt eine Garantie für die Erfolge des neuen Verfahrens und die sicherste Beseitigung der Einwendungen seiner Gegner.

Schwarze.

Stipulation[1]). I. Ursprung und rechtliche Bedeutung derselben. 1) Ursprung. Faßt man die Stipulation in Bezug auf ihre Stellung im Systeme des Gajus und der Institutionen auf, wo sie, nach der Eintheilung der Contracte in re, verbis, literis und consensu geschlossene, als eine besondere Contractsgattung neben den übrigen Contracten erscheint, so ist ein vernünftiger Zusammenhang kaum erkennbar. Dieses System hat zu der Ansicht geführt, daß die Stipulation eine besondere, von den übrigen Contracten verschiedene, Contractsart sei, von welcher einen scharfen Begriff zu bilden kaum möglich war, weil man darin innere Erkennungszeichen und einen eigentlichen Stoff nicht fand. Man bezog sich meistentheils auf die Klaglosigkeit der pacta nuda und betrachtete die Stipulation als ein Mittel, denselben Klagbarkeit zu verschaffen. Diese Ansicht ist bei genauerer Prüfung unhaltbar. So sehr es nun Sache der Wissenschaft wäre, durch Aufklärung des Ursprunges der Stipulation und Darstellung ihres Verhältnisses zu den materiellen Verbindlichkeiten Licht in die ganze Lehre zu bringen, so ist nach dem Zustande der Quellen, in welchen die dogmatische Behandlung vorwaltet, die Erreichung sicherer Resultate nur in Bezug auf den letzteren Punkt möglich; über den ersteren lassen sich nur Vermuthungen aufstellen, gegründet auf Rückschlüsse von dem letzteren auf den ersteren, welche durch ihre Uebereinstimmung mit einzelnen auf uns gekommenen Notizen zu rechtfertigen sind. Un-

---

1) 1) Quellen: Gai. Inst. Comm. III. §. 92—114. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 3. Lib. V. Tit. 7. Inst. Lib. III. Tit. 16—20. Dig. Lib. 45. Tit. 1—3. Lib. 46. Tit. 4. 5. Cod. Lib. VIII. Tit. 37. (38.) de contrahenda et committenda stipulatione. Tit. 38. (39.) de inutilibus stipulationibus. Tit. 39. (40.) de duobus reis stipulandi vel promittendi. 2) Literatur: Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840. Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechtes (Berlin 1845) S. 113—230, 233—318.

geachtet der Nothwendigkeit dieses Verfahrens bleibt dessen Resultat immer noch Hypothese. Die 12 Tafeln enthalten, ungeachtet des in sehr frühe Zeit zurückzuversetzenden Ursprunges der Stipulation, erweislich nichts über dieselbe. Die neuerdings wieder vertheidigte[2]) Ansicht, daß die Stipulation ein Ueberbleibsel des aus dem Satze der 12 Tafeln: cum nexum faciat mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, durch Weglassung der percussio librae übrig bleibenden lingua nuncupare sei, wofür sich noch die stips fracta und die Ableitung von stipes, anscheinend in Verbindung mit dem raudusculum, anführen läßt, wird von Liebe deshalb für bedenklich gehalten, weil der Contract per aes et libram nach bestimmten Zeugnissen noch lange neben der Stipulation bestanden hat[3]). Sie bleibt aber unter allen die wahrscheinlichste, und das Danebenbestehen der obligatio per aes et libram neben der Stipulation scheint deshalb nicht entgegenzustehen, weil ja erweislich auch bei der Mancipation allmälig Erleichterungen eingetreten sind, ohne daß dadurch der Act selbst seinen ursprünglichen Charakter verloren hat. Die Stipulation ist wahrscheinlich älter als die legis actio per condictionem. Denn die Fälle des dari oportere, des einfachen Schuldigseins, wurden anfänglich durch die legis actio sacramento oder per iudicis postulationem geltend gemacht; erst später führte die lex Silia für das Schuldigsein von certa pecunia, die lex Calpurnia für omnis certa res eine besondere legis actio per condictionem ein, für welche das dari oportere, die einfache, einseitige Verbindlichkeit, eine ausschließliche Sphäre bildete[4]). Fragte es sich im einzelnen vorkommenden Falle, ob eine Verpflichtung zum dare vorhanden sei, so hielt man sich an die so nahe liegende Ansicht, daß eine Uebereinstimmung zwischen der eigenen Erklärung des Beklagten und dem Verlangen des Klägers genüge, daß Ersterer sich nicht beklagen könne, wenn er zu dem verurtheilt werde, wozu er sich selbst einverstanden erklärt hatte. Nach dem Geiste des älteren römischen Rechtes sah man von inneren Gründen für diese Ansicht ab und verschärfte und begrenzte blos die Form jener blos äußeren Uebereinstimmung der eigenen Erklärung des Beklagten mit dem iudicium. Man verlangte eine genaue und völlige Uebereinstimmung; das dari oportere mußte in einer dasselbe gleichsam verkörpernden Form unzweideutig und sinnlich wahrnehmbar dastehen. Dieses war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo, vorlag. Daher die bestimmte, der Fassung des iudicium entsprechende Form der Stipulation, welche erfunden wurde, um das dari oportere zur formellen Klarheit zu bringen[5]). Allmälig

2) Christiansen, die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte (Altona 1838) S. 142—146, 168—173, 373—376. Gneist, formelle Verträge S. 134 flg.

3) So noch zu den Zeiten des Gajus. Gai. Inst. Comm. III. §. 173—175.

4) Gai. Inst. Comm. IV. §. 19. 20.

5) Liebe a. a. O. S. 12—14.

wurden bei den Römern aber die Geschäfte des Verkehres nicht mehr in Formen gezwängt, welche den gegebenen Formen der Rechtsverfolgung entsprachen, sondern es wurde das Gebiet der letzteren auf Fälle erweitert, hinsichtlich deren das Bedürfniß des Rechtsschutzes die Theorie an die Hand gab. Der Schlußstein dieser Richtung ist die seit Labeo gebräuchliche actio civilis praescriptis verbis. Hier wird nicht verlangt, daß das Geschäft zur Klagform passe, vielmehr kommt es allein darauf an, ob die Doctrin das Dasein eines giltigen Geschäftes annimmt. Wenn das Geschäft auch zu den vorhandenen Formen der Rechtsverfolgung nicht paßt, so wird die Form untergeordnet und während früher das Geschäft nach der Form eingerichtet sein mußte, wird jetzt die Form dem jedesmaligen factischen Inhalte des Geschäftes angepaßt — praescriptis verbis rem gestam demonstrat.

2) Form der Stipulation. Der äußeren Form nach bestand die Stipulation[6]) aus der einfachen Frage und der derselben genau entsprechenden Antwort, wofür Gajus herkömmliche Formen anführt[7]). Stipulari oder rogare wird regelmäßig vom Gläubiger, promittere vom Schuldner gebraucht[8]); doch kommt ersteres in einzelnen Stellen auch vom Schuldner vor[9]). Die Sprache, in welcher die Stipulation geschehen mußte, war ursprünglich die lateinische; später konnte sie auch in jeder anderen den Contrahenten verständlichen Sprache geschehen, was zur Zeit des Sabinus noch zweifelhaft war[10]). Nach dem Untergange des Formularprocesses lag noch mehr Grund zur Verlassung der alten Form vor. War der Zweck der Stipulation ursprünglich nur eine formelle Uebereinstimmung der Verpflichtung mit der Klagform so mußte, nachdem diese Form, obgleich bei Einleitung des Processes die einmal herkömmlichen Wortformen wohl benutzt wurden, nicht mehr nothwendig war, auch eine freiere Form der Stipulation zulässig erscheinen. Deshalb erklärte Kaiser Leo die alten herkömmlichen Worte für überflüssig und jede dem Verhältnisse angemessene Form der Stipulation für giltig[11]). In Bezug auf die Form der Stipulation ist zu erwähnen, daß bei complicirterem Rechtsverkehre und bei vollständigerer Ausbildung der materiellen Rechtsgeschäfte auch die Richtung der Formularjurisprudenz sich änderte; daß man daher weniger in Erfindung

---

6) Ueber die Etymologie des Wortes stipulatio ist Streit. Vgl. über die verschiedenen Ableitungen Liebe a. a. O. S. 17, N. 1.

7) Gai. Inst. Comm. III. §. 92.: Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fideprommittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; facies? faciam.

8) In den alten Basilikenscholien und in den Basiliken wird stipulari durch ἐπερωτᾶν, promittere durch ὁμολογεῖν wiedergegeben.

9) L. 7. §. 1. D. 13. 4. L. 39. §. 1. D. 18. 1. L. 26. §. 13. D. 12. 6. L. 61. fin. D. 26. 7.

10) Gai. Inst. Comm. III. §. 93. Theophil. ad §. 1. Inst. III. 16. L. 8. pr. D. 46. 1. L. 12. C. de fideiuss. (VIII. 40. (41.)) L. 1. §. 6. D. 45. 1.

11) L. 10. C. de contrah. et committ. stipul. VIII. 38. (39.)

bloßer Formulare zu neuen Stipulationen thätig war, als sich vielmehr theils der schriftlichen Aufzeichnung bediente, um die Stipulation, wo sie vorkam, zu sichern, theils die Stipulation gebrauchte, um geschlossenen Contracten überhaupt eine besonders bindende Kraft beizulegen, indem man sie ihnen als Schlußclausel beifügte. Zunächst wurde die Stipulation schriftlich aufgezeichnet und in eine cautio oder ein chirographum gefaßt[12]). Es genügte, wenn schlechthin das Dasein einer Stipulation bezeugt war; dann wurde auch das Dasein der einzelnen Solennitäten der Stipulation angenommen[13]). Auch wenn nur das Versprechen des Promittenten darin bekundet war, wurde ebenfalls, wenn nur das Geschäft inter praesentes eingegangen war, das Dasein der vorhergehenden zur Bildung der Stipulation nothwendigen Frage angenommen[14]). Auch in Briefen, epistolae, welche bei den Römern oft die Stelle eigentlicher Schuldurkunden vertraten, wurden Stipulationen geleistet. Die Contrahirung einer Stipulation durch Briefe erscheint allerdings befremdend, da sie inter absentes nicht geschlossen werden kann[15]). Sowie indeß bei der cautio verlangt wird, daß das Geschäft inter praesentes vorgegangen sei[16]), so wird dasselbe Erforderniß auch für die epistola aufgestellt[17]) und die Giltigkeit der Urkunde wird durch den Beweis der Abwesenheit einer Partei vernichtet[18]). Der Gebrauch der Briefform inter praesentes war bei den Römern üblich; was man mündlich hätte verhandeln können, trug man, wenn der Gegenstand wichtig und bedeutend war, schriftlich vor[19]). Daher entstand die epistola inter praesentes emissa, für welche die vorher angeführten Regeln in Bezug auf die Stipulation galten. Ob, wenn in der cautio oder dem chirographum eine Stipulation gar nicht erwähnt

---

12) Beispiele solcher über Stipulationen errichteten cautiones finden sich in L. 40. D. 12. 1. L. 37. §. 3. D. 32. L. 121. pr. L. 126. §. 2. L. 135. §. 3. D. 45. 1.

13) §. 17. Inst. III. 20. §. 8. Inst. III. 21. L. 30. §. 1. D. 45. 1. L. 14. C. de contrah. et committ. stipul. VIII. 38. (39.)

14) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 2. L. 134. §. 2. D. 45. 1.

15) L. 1. §. 1. Inst. III. 16. L. 14. C. de contrah. stipul.

16) L. 134. §. 2. D. 45. 1.

17) L. 1. C. de contrah. stipul.

18) L. 14. C. eod. Ist in der Urkunde ausdrücklich gesagt, rem inter praesentes gestam esse, so soll dies bis zum Beweise des Gegentheiles, also der Abwesenheit eines Theiles von dem Orte des geschlossenen Geschäftes angenommen werden. Hierdurch ist eigentlich das Erforderniß der Gegenwart der Contrahenten bei der Stipulation praktisch beinahe aufgehoben, und statt der ungeschickten Fiction der Anwesenheit in dem Falle, wenn beide Parteien an demselben Tage auch nur einen Augenblick in derselben civitas waren, wäre es consequenter gewesen, das Erforderniß der Anwesenheit ganz fallen zu lassen und jedem Schuldscheine die Wirkung der Stipulation geradezu beizulegen, was indessen erst Kaiser Leo der Weise in Nov. 72 gethan hat. Gneist a. a. O. S. 262.

19) Vielleicht rührt diese Sitte von Julius Cäsar her. Plutarch. Caes. p. 716. Sueton. Octav. c. 84. Tacit. Annal. IV. 39.

und in der That keine Stipulation vorgenommen, sondern nur ein bestimmtes Zahlungsversprechen niedergeschrieben war, eine literarum obligatio begründet wurde, ist bestritten. Für die Annahme einer literarum obligatio beruft man sich auf Gajus und Theophilus[20]). Dagegen finden Andere in einer solchen Urkunde nur ein prätorisches Constitutum[21]). Letztere Ansicht ist die richtigere aus folgenden Gründen: a) wenn eine Urkunde ex antecedente causa zu einer begründeten Obligation hinzutritt, so müßte, wie bei der Stipulation, dadurch entweder Novation oder eine zweite selbstständige Obligation accessorisch entstehen. Eine Urkunde bewirkt aber aa) keine Novation[22]), auch bb) begründet sie keine neue selbstständige Obligation neben der alten etwa mit einer neuen selbstständigen Klage ex literis; die Annahme einer solchen wäre mit den Grundsätzen des Constitutum unvereinbar, welches auch durch epistolae eingegangen wird; denn die prätorische Klage hätte da nicht entstehen können, wo schon eine viel bessere civilis actio aus dem Literalcontract bestand, oder wenn der Literalcontract später entstand, konnte das Constitutum daneben nicht fortbestehen und Bedeutung behalten. b) Ein chirographum donandi causa erhebt das Schenkungsversprechen nach älterem Rechte nicht zu einem formell klagbaren Forderungsrechte, zu einer perfecta donatio, wie solches durch promissio donandi causa begründet wird[23]); auch wäre die Annahme eines chirographum donandi causa unvereinbar mit der erst durch Justinian dem pactum donationis ohne Stipulationsform verliehenen Klagbarkeit. c) Auch auf dem Gebiete der causa futura oder praesens ist keine literarum obligatio durch eine Urkunde möglich; denn gegen die Ansicht, daß wenigstens ein chirographum über ein soeben contrahirtes Darlehen einen Literalcontract begründe, spricht ein ausdrückliches Gegenzeugniß[24]). Ferner konnte durch ein chirographum weder eine Verpflichtung als Correalschuldner[25]), noch ein Zinsversprechen begründet werden[26]), und die hinsichtlich des letzteren vorkommenden Ausnahmen[27]) bestärken die Regel. Endlich erlischt eine Obligation nie durch Quittung, sondern

---

20) Gai. Inst. Comm. III. §. 134. Theophil. ad Inst. III. 22. So Liebe a. a. O. S. 24 flg., 371—384 und vor ihm Gropp, über literarum obligatio, cautio indiscreta etc. in Heise und Gropp, jurist. Abhandl. Bd. I, S. 323—361, dessen ganze Beweisführung hauptsächlich auf der Auslegung der L. 25. D. 22. 3. beruht, welche er giebt; auch Endemann, de chirographo. (Marb. 1832) p. 1—10.

21) Gneist a. a. O. S. 360—386.

22) L. 24. D. 13. 5. L. 6. C. IV. 2.

23) Fragm. Vat. §. 263.

24) L. 14. C. IV. 2.

25) L. 12. C. IV. 2.

26) L. 24. D. 19. 5. L. 3. C. IV. 32. L. 24. D. 13. 5. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 14. §. 1. im Zusammenhange mit der interpretatio.

27) L. 25. C. IV. 32. L. 5. §. 1. D. 22. 2. L. 28. D. 16. 3. L. 30. D. 22. 1. L. 12. C. IV. 32. Nov. 136.

durch die quittirte Zahlung [28]). Durch Annahme eines solchen Literalcontractes würde auch die Nov. Leonis 72. ihren Sinn verlieren, welche zuerst den schriftlichen Verträgen allgemeine Klagbarkeit beilegt und ausdrücklich bemerkt, daß bis dahin eine schriftliche Verabredung ohne Pönalstipulation als klagbares pactum gegolten habe. Die Stelle des Gajus, worauf man sich für die Annahme des Literalcontractes beruft, sagt nur, daß ein solcher Literalcontract den Peregrinen eigenthümlich sei [29]). — Sehr häufig war die Beifügung der Stipulationsclausel, um geschlossenen Contracten eine besonders bindende Kraft zu sichern. Schon zur Zeit der classischen Juristen war es Sitte geworden, Verträgen aller Art eine Clausel anzuhängen, mittelst welcher die Contrahenten ihre Leistungen förmlich vor einander stipulirten, z. B. ea, quae supra scripta sunt, ita recte dari fieri stipulatus est Titius, spopondit Caius, welchen oft noch eine Pönalstipulation, z. B. si ea ita data facta non erunt, tunc decem dari, angehängt wurde. Der Ursprung dieser Sitte hat wahrscheinlich folgenden Grund. In der älteren Zeit fehlte es an bestimmten Regeln über die Geltung der materiellen Geschäfte. Noch zu Gajus Zeiten waren die Begriffe von Kauf und Tausch nicht gehörig festgestellt [30]), und an vollständig sichernden Formen für den Abschluß derartiger Contracte fehlte es. Es gab nur Stipulationsformulare, mit welchen man sich unmittelbar dasjenige, was Einer dem Anderen leisten sollte, versprach, und welche von dem eigentlich beabsichtigten Geschäfte mehr oder weniger enthielten [31]), so daß man noch nicht die Ansicht hatte, das geschlossene Geschäft begründe schon an sich einen Anspruch auf die Leistungen, ohne daß er deren besonderer Stipulation bedürfe. Als diese Ansicht zur Geltung gelangte und man in der Einkleidung der Rechtsgeschäfte mehr dahin kam, die einzelnen Contractsbestimmungen zusammenzustellen, wobei ohnehin von den alten Formen doch einzelne Wendungen beibehalten wurden, ließ man auch die Stipulation nicht weg, sondern hing sie dem Ganzen als Schlußclausel an. Ueber die Wirkung dieser Clausel finden sich mehrere Aussprüche der Quellen [32]). Beispiele dieser Clausel finden sich in vielen Stellen [33]); die Form veranschaulichen aber besonders die Urkunden über Rechtsgeschäfte aus der römischen Zeit [34]). Gleichviel war,

28) L. 19. §. 1. D. 46. 4. L. 6. 13. D. 46. 3. L. 13. C. de solut. (VIII. 42. (43.))

29) Gneist a. a. S. 385 flg.

30) Gai. Inst. Comm. III. §. 141.

31) Z. B. die Formeln für Viehkäufe bei Varro, de re rust. Lib. II. c. 2. §. 5. c. 4. §. 4. c. 5. §. 11. c. 6. §. 3. c. 7. §. 6. c. 8. §. 3. 5. c. 9. §. 7.

32) L. 7. §. 12. D. 2. 14. L. 8. D. 19. 5. L. 5. pr. D. 45. 1. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 22. §. 1.

33) Siehe die Stellen bei Liebe a. a. O. S. 29, N. 1.

34) Vgl. Spangenberg, tabulae negotiorum solennium apud Romanos sub III. die Schenkungsurkunden, und sub IV. die Verkaufsurkunden.

ob die Stipulationsclausel dem eigentlichen Geschäfte vorherging oder folgte [35]). Gerade für Stipulationen solcher Art war die oben erwähnte Regel wichtig, daß, wenn die über das Geschäft aufgenommene Urkunde die bestimmte Clausel: stipulatus est Titius, spopondit Maevius, enthielt, die Stipulation wirklich als geschehen galt, wenn die Parteien nur gegenwärtig gewesen waren.

3) Wirkung der Stipulation in Bezug auf Dritte. Aus dem Zwecke der Stipulation, eine zu der Klagform passende Verbindlichkeit zu begründen, folgt zunächst der in vielen Stellen ausgesprochene Satz, daß man weder Leistungen eines Dritten versprechen, noch einem Dritten Leistungen des Promittenten stipuliren konnte [36]). Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet [37]). Wenn die Stipulation zwischen Cajus und Sejus so lautet: Centum Titium daturum spondes? spondeo, oder: Centum Titio te daturum spondes? spondeo; so konnte daraus kein: Seium Caio dare oportere entstehen, weil Sejus weder versprochen hatte, daß er dem Cajus, noch daß er dem Cajus geben wolle. Dieser Mangel wurde aber dann gehoben, wenn Sejus dem Cajus eine poena für den Fall des Nichterfolges der Leistung versprochen hatte [38]). Mit der allgemeinen für Contracte überhaupt gegebenen Regel: Quaecunque gerimus cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, fällt die für Stipulationen gegebene Regel allerdings zusammen; für die Stipulation entscheidet aber noch außerdem der Grund, daß sie ihrer Bestimmung nach das dari oportere klar machen und formell genau zur Klagform passen muß. Daher treffen die von dieser Regel bei anderen Contracten gemachten Ausnahmen bei Stipulationen überall nicht zu. Z. B. ist der Vertrag giltig, wodurch ein Ascendent seiner Descendentin oder deren Kindern den Rückfall einer bestellten dos ausbedingt [39]) oder wodurch der Darleiher die Rückgabe des Darlehens einem Dritten versprechen läßt [40]); allein in beiden Fällen ist eine auf die Erreichung dieses Zweckes gerichtete Stipulation nach strengem Rechte unwirksam und kann nur, wenn man aus besonderen Billigkeitsrücksichten die dadurch ausgesprochene Vereinbarung im Auge behält, zu einer actio utilis führen [41]). Hat der Dritte auch niemals eine Klage aus der Stipulation, so kann auch unter Umständen der Stipu-

---

35) L. 27. C. II. 3.

36) §. 3. 4. 20. 21. Inst. III. 20. L. 38. pr. §. 2. 17. L. 83. pr. D. 45. 1. L. 73. §. 4. D. 50. 17. L. 65. D. 46. 1.

37) Gai. Inst. Comm. IV. §. 53.

38) L. 38 §. 17. D. 45. 1.

39) L. 7. C. V. 14.

40) L. 9. §. 8. D. 12. 1.

41) L. 45. D. 24. 3.

lator eine Klage haben. In der älteren Zeit war gewiß nur eine Stipulation auf das dare eines certum, einer certa pecunia oder certa res, zulässig. Bald ließ man auch Stipulationen, welche auf incerta oder gar auf ein facere gerichtet waren, zu, und betrachtete dann das Interesse als ihren Gegenstand. Nachdem man dahin gelangt war, mußte auch die Stipulation, daß einem Dritten gegeben werden solle, giltig sein, sobald der Stipulator dabei interessirt war, daß der Dritte die Leistung erhielt. Nun war nicht die Leistung selbst, nicht die datio an den Dritten, sondern lediglich das Geben derselben, also immer eine Handlung, Gegenstand der Stipulation. Ein solches Interesse tritt ein, sobald der Dritte verbunden ist, dem Stipulator das Bedungene herauszugeben, z. B. der Procurator[42]), oder der Stipulator selbst dem Dritten zur bedungenen Leistung verpflichtet ist und also dadurch, daß sie erfolgt, befreit wird[43]). In ähnlicher Weise finden die von der Ungiltigkeit der promissio facti alieni gemachten Ausnahmen ihre Erklärung. Dem Stipulator steht hier nur dann eine Klage zu, wenn ein Pönalversprechen hinzugefügt ist[44]) oder wenn der Promittent versprochen hat, curaturum se, ut Titius det vel faciat[45]). In dem letzteren Falle ist eine solche Fürsorge versprochen, welche auch die Wirkung hat, daß die Leistung von Seiten des Dritten erfolge, so daß der Promittent auch dann zur Entschädigung des Stipulator verpflichtet wird, wenn der Dritte ungeachtet der angewendeten Bemühung des Promittenten die Leistung nicht bewirkt[46]). In manchen Fällen bringt es die Natur des Verhältnisses mit sich, daß der Promittent mit dem Versprechen einer fremden Handlung auch sich zur eigenen Bemühung zu deren Herbeiführung anheischig gemacht hat. Hierher gehört a) die Stipulation: dolum malum abesse, worin das Versprechen des Promittenten liegt: curaturum se, ut dolus malus absit[47]); der Promittent hat hier zunächst nur sein eigenes factum versprochen, welches aber dahin geht, daß er auch dolose Handlungen Dritter verhindern oder dafür einstehen wolle; b) die Stipulation: habere licere; soweit dadurch Handlungen dritter Personen versprochen werden, ist sie ohne Erfolg[48]); der Promittent muß aber dafür sorgen, ut stipulatori habere liceat, und haftet deshalb auch für Handlungen dritter Personen, sofern er sie nicht abwendet[49]); c) die Stipulation: ratam rem dominum habitu-

42) §. 20. Inst. III. 20.
43) L. 38. §. 20—22. D. 45. 1.
44) §. 21. Inst. III. 20.
45) §. 3. Inst. III. 20.
46) L. 42. §. 1. D. 12. 1.
47) L. 83. pr. D. 45. 1.
48) L. 38. pr. D. 45. 1.
49) L. 21. §. 1. D. 21. 2. Vergleiche darüber, daß L. 38. §. 1—9. D. 45. 1., wornach die stipulatio habere licere die Haftung des Promittenten für Handlungen dritter Personen, die nicht seine Erben sind, nicht umfaßt, nur altcivilistische strenge Ansichten enthalte, solche aber allmälig gemildert worden

rum[50]); d) die bei Bestellung der Servituten gewöhnliche Stipulation: per te non fieri, quominus ire agere etc. liceat[51]); e) die Stipulation: sisti aliquem[52]).

4) Gegenstand der Stipulation. Der Gegenstand der Stipulation kann ein dare oder facere sein[53]). Dare bedeutet die Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, dann aber auch bei Servituten die Einräumung des dinglichen Rechtes[54]); facere begreift jede andere obligationsmäßige Leistung, welche nicht auf Eigenthumsübertragung oder Bestellung einer Servitut gerichtet ist. Neben dem dare und facere kommt in einer Constitution Justinian's[55]) noch eine sog. mixta obligatio vor, welche weder auf dare, noch auf facere, sondern auf dare facere geht. Damit stimmt überein, daß Callistratus[56]) die Bedingung: si rationes reddiderit, worunter das reliqua reddere begriffen ist, weder für eine Bedingung in dando, noch für eine Bedingung in faciendo, sondern für eine conditio, quae ex mixtura quadam consistit, erklärt. Die Ansichten über die Bedeutung dieser Mischung von dare und facere sind verschieden[57]). Am richtigsten möchte wohl die Erklärung sein, wonach die mixtura ex dando et faciendo oder das dare facere nichts ist, als das dare facere aus der intentio incerta: quidquid ob eam rem dare facere oportet[58]), was erst durch den Unterschied zwischen stipulatio certa und incerta klar wird. Mit der Sonderung des Gegenstandes der Stipulation in dare und facere hängt nämlich die Trennung zwischen certum und incertum und die darauf gegründete Eintheilung in stipulatio certa (oder certi) und in-

---

sein, und die gedachte Stipulation auch die Uebernahme der Haftung für Sicherung gegen jede Beeinträchtigung des Behaltenkönnens, soweit der Promittent solche verhüten konnte, begreife, auf welchen Umfang der dadurch begründeten Verpflichtung L. 83. pr. D. 45. 1. hinweist, Müller, Lehre des römischen Rechtes von der Eviction Th. 1 (Halle 1851) S. 44—51.

50) L. 13. 18. D. 46. 8.

51) L. 50. pr. D. 45. 1.

52) L. 81. pr. D. 45. 1. Ueber die Frage, inwiefern der Grundsatz, daß durch Stipulation ein Dritter weder Rechte erwerben, noch verpflichtet werden könne, noch im heutigen Rechte anwendbar sei, vgl. den Artikel Vertrag. Ausführlich handelt davon Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 74—84.

53) §. 7. Inst. III. 16. L. 2. pr. D. 45. 1.

54) L. 19. D. 8. 3. L. 126. §. 1. L. 136. §. 1. D. 45. 1.

55) L. 13. C. de contrah. stipul.

56) L. 82. D. 35. 1.

57) Einige verstehen darunter eine dritte Art der Leistung, welche vom dare ebenso wie vom facere verschieden ist. Ramos del Manzano ad tit. de verb. obligat. Tr. 3. c. 1. §. 2. (in Meerman, Thes. iur. T. VII. p. 157.) Cuiac. recitat. solenn. ad L. 13. C. de contrah. et committ. stipul. Andere halten, unter Verwerfung dieser Ansicht, in Fällen dieser Art das dare und facere in der bekannten Bedeutung in einer Obligation blos zufällig verbunden. Donell. ad L. 2. de verb. obligat. §. 7. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. X, S. 264—273.

58) Liebe a. a. O. S. 35.

certa zusammen. Die Begriffe von certum und incertum werden in mehreren Stellen erläutert[59]). Ursprünglich war wohl nur eine bestimmte Summe Geldes ein certum, wofür spricht, daß die condictio certi nach der lex Silia nur auf certa pecunia ging[60]); dann aber galten auch bestimmte Sachen, welche entweder als species hinreichend bestimmt oder, wenn sie in genere als Leistung vorkamen, nach Qualität und Quantität genau begrenzt waren, für certa. Unter diesen Voraussetzungen konnte der einfache Werth der Sache an sich, die aestimatio, bestimmt werden; die Condemnation ging dann auf quanti ea res est. Schon hieraus geht hervor, daß nur Fälle des dare ein certum bilden können. Entgegengesetzt sind incerta, welche nicht durch Annahme eines bestimmten Werthes der Sache zu Geld zu veranschlagen sind, bei welchen vielmehr diese Veranschlagung zu Geld nur unter Berücksichtigung besonderer Verhältnisse des vorliegenden Falles möglich ist, und sich daher nicht der einfache Werth, sondern das Interesse des Klägers herausstellt. Es gehören dazu zunächst alle facta[61]), bei welchen auch das quanti interest in Betracht kommt[62]), dann aber auch jährliche Leistungen[63]), Leistungen, welche nach Qualität und Quantität nicht genau bestimmt sind[64]), der ususfructus[65]), alternative Leistungen[66]) und der Besitz[67]). Auch Prädialservituten, die hereditas und Forderungsrechte sind zu den incerta zu rechnen[68]), weil alle diese Gegenstände nicht so beschaffen sind, daß sich ohne alle Berücksichtigung besonderer Verhältnisse des Einzelfalles ein bestimmter, schlechthin an die Stelle des Gegenstandes tretender gemeiner Werth feststellen ließe[69]). Anlangend die Klagen, so entspringt aus der stipulatio certa die condictio certi, aus der stipulatio incerta die actio ex stipulatu[70]). Daneben kommt noch als statthaft die condictio triticiaria oder triticaria in denjenigen Fällen vor, in welchen nicht baares Geld Gegenstand der Verbindlichkeit ist[71]). Die Ansichten über das Verhältniß dieser Klagen sind bis in die neueste Zeit sehr verschieden gewesen[72]). Nach den

---

59) L. 6. D. 12. 1. L. 75. pr. §. 1. D. 45. 1.

60) Gai. Inst. Comm. IV. §. 19.

61) L. 75. §. 7. D. 45. 1.

62) L. 81. pr. D. 45. 1.

63) L. 16. §. 1. D. 45. 1.

64) L. 75. §. 1. 2. D. 45. 1.

65) L. 75. §. 3. D. 45. 1.

66) L. 75. §. 8. D. 45. 1.

67) Dafür entscheidet L. 3. §. 11. D. 43. 17. Cujas und Ant. Faber waren darüber verschiedener Meinung, ersterer der hier angenommenen Ansicht, letzterer dagegen. S. die Citate bei Liebe a. a. O. S. 37, N. 7.

68) Donellus ad L. 74. 75. de verb. obligat. zählt sie zu den certis.

69) Liebe a. a. O. S. 37.

70) pr. Inst. III. 16. L. 24. D. 12. 1.

71) L. 1. pr. D. 13. 3.

72) Vgl. darüber Liebe a. a. O. S. 28 flg. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, §. 218—220, S. 101—118 und Beil. XIV, S. 503 flg.

neuesten Forschungen von Savigny über diesen Gegenstand giebt es in Bezug auf die Klagformeln und deren Wirkungen drei Klassen von Condictionen: a) Condiction auf eine bestimmte Summe in baarem Gelde, welche nur möglich war, wenn der angebliche Entstehungsgrund (Darlehen, Stipulation u. s. w.) auf eine baare Geldsumme hinführte, dann aber auch nothwendig war; die Formel war: Si paret, centum dari oportere, iudex centum condemna, also certa intentio und certa condemnatio. Die eigenthümliche höchst wichtige Wirkung dieser Art der Condictionen war die sponsio tertiae partis, welche nicht blos bei dem Gelddarlehen, sondern bei jeder auf baares Geld gerichteten Condiction stattfand. b) Condiction einer bestimmten Sache außer dem baaren Gelde. Die Formel war: Si paret, fundum Cornelianum (oder Stichum servum oder auch tritici optimi modios centum) dari oportere, iudex quanti ea res erit, tantum condemna, also certa intentio, aber incerta condemnatio. Hier waren die verschiedensten Entstehungsgründe möglich, selbst ein Darlehen, welches nur nicht in baarem Gelde bestand. Die Condemnation geht nach der Formel auf quanti res est, welches in mehreren Stellen als aestimatio bezeichnet wird[73]), wahrscheinlich aber nicht blos den reinen Sachwerth, sondern das volle Interesse des Klägers umfaßte. c) Condiction irgend eines Gegenstandes außer dem Geben einer bestimmten Sache. Die Formel war: Quidquid ob eam rem dare facere oportet, eius iudex condemna, also incerta intentio und incerta condemnatio. Dare facere hieß soviel als dare aut facere[74]), war also alternativ zu verstehen und drückte daher aus, daß dem iudex freie Hand gelassen wurde, auf dare oder auf irgend ein anderes Thun, oder auch auf Beides nebeneinander, zu erkennen. Der Entstehungsgrund müßte hier ganz allgemein durch eine vorhergehende demonstratio ausgedrückt worden sein, weil es sonst der Klage, wegen des höchst allgemeinen Ausdruckes der erwähnten intentio, an jeder individuellen Bezeichnung gefehlt haben würde. Diese Art der Condiction war ihrer Unbestimmtheit wegen auf die mannigfaltigsten Gegenstände anwendbar. Die Wirkung einer derartigen Condiction war, daß der Beklagte das volle Interesse zahlen mußte, was auch hier nicht anders möglich war, da ein bestimmter Sachwerth (als Gegensatz des Interesse) durch den unbestimmten Gegenstand dieser Klagen von selbst ausgeschlossen war. Ein praktischer Unterschied zwischen dieser und der zweiten Art der Condictionen bestand hierin nicht, wohl aber bestand ein solcher von der ersten und zweiten Klasse der Condictionen darin, daß diese niemals die omnis causa, also die Früchte, mit umfaßte, welche die Condictionen der

---

besonders S. 576 flg., 609—637. S. auch den Artikel Condictio Bd. II, S. 878—883, 909—915. Wir haben das Resultat der Ansicht Savigny's hinzugefügt, weil wir dieselbe in dem erwähnten Artikel nicht beobachtet finden.

73) L. 39. §. 1. D. 30. L. 98. §. 8. D. 46. 3. Gai. Inst. Comm. II. §. 202.

74) L. 53. pr. D. 50. 16.

dritten Klasse allerdings in sich begriffen[75]). Der Sprachgebrauch für diese verschiedenen Klassen von Condictionen ist nach Savigny folgender. Certi condictio und actio oder condictio si certum petetur oder petatur ist gleichbedeutend und bezeichnet stets und ausschließlich eine Condiction erster Klasse, also auf baares Geld. Triticiaria oder triticaria condictio heißt jede andere Condiction; der Ausdruck umfaßt also die zweite und dritte Klasse. Incerti condictio ist der Name einer Condiction der dritten Klasse, welcher also einen Theil dessen bezeichnet, worauf der allgemeinere Name der triticaria geht. Actio ex stipulatu ist die triticaria condictio in besonderer Anwendung auf die durch Stipulation begründete Condiction zweiter und dritter Klasse. Der Gegensatz des certum und incertum nimmt in verschiedenen Anwendungen verschiedene Bedeutungen, je nach dem eintretenden Bedürfnisse, an. Bei der Stipulation hat der Gegensatz die oben angeführte Bedeutung; bei den Condictionen war aber der Begriff des certum auf eine Summe baaren Geldes beschränkt, gleichwie bei der in iure confessio. Bei letzterer wird der Satz aufgestellt: certum confessus pro iudicato erit, incertum, non erit[76]), d. h. nur wenn das vor dem Prätor abgelegte Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, wird dadurch jedes weitere Urtheil überflüssig, so daß sofort die Execution erfolgen kann. Geht dagegen das Geständniß auf das Eigenthum eines Hauses oder auf die Verpflichtung zum Geben einer körperlichen Sache, so ist dasselbe zwar insofern wirksam, als sein Inhalt als Wahrheit gilt; es mußte aber immer noch ein richterliches Urtheil hinzukommen, wodurch der Geldwerth jenes Eigenthums oder jener Forderung festzustellen war[77]). In besonderer Anwendung auf die Stipulation hat sich der Sprachgebrauch in folgender Weise festgestellt. Aus der Stipulation wie aus anderen Thatsachen konnte bald eine certi, bald eine triticaria condictio entstehen. Die eigenthümliche Natur und Wichtigkeit der certi condictio brachte es aber mit sich, daß man da, wo sie begründet war, meistens nur diesen Namen gebrauchte, ohne daneben den Entstehungsgrund auszudrücken. Wo aber nicht sie, sondern eine Condiction der zweiten oder dritten Klasse stattfand, da war die Bezeichnung des Entstehungsgrundes (condictio indebiti, sine causa u. s. w.) gebräuchlicher. Hiernach wäre auch der Ausdruck condictio ex stipulatu passend gewesen; es wurde aber dafür der Name actio ex stipulatu gebräuchlich, vielleicht um hier die Unterscheidung von der certi condictio ex stipulatu schon durch den Ausdruck schärfer zu bezeichnen. Es ist daher die actio ex stipulatu nichts Anderes als die triticaria condictio aus einer Stipulation.

---

75) L. 4. pr. D. 22. 1.
76) L. 6. pr. D. 42. 2.
77) L. 6. §. 1. 2. D. 42. 2. L. 25. §. 2. D. 9. 2.

5) **Rechtliche Bedeutung der Stipulation und ihr Verhältniß zu den übrigen Theilen des Rechtssystems. Causa der Stipulation.** Dieselbe ist in dieser Hinsicht bis auf die neueste Zeit, in welcher Liebe und Gneist sich ausführlicher damit beschäftigt haben, geringer Aufmerksamkeit von den Civilisten gewürdigt werden. Hauptsächlich hat wohl das System des Gajus, welches in die Institutionen übergegangen ist, den Gesichtspunkt so verrückt, daß man an ein tieferes Eingehen nicht dachte. Bei dem Festhalten an diesem Systeme gelangt man bald dazu, die Stipulation als einen generellen Contract aufzufassen, der zugleich ein Formalcontract, also zur Aufnahme verschiedenartigen Stoffes geeignet, sein muß; allein ungeachtet des scharfen Unterschiedes der Stipulation von den Real- und Consensualcontracten in dieser Beziehung, wird damit immer nur eine Function derselben hervorgehoben. Der charakteristische Unterschied liegt vielmehr darin, daß die Regeln des materiellen Rechtes bei den Real- und Consensualcontracten erst über das Entstehen des Contractes entscheiden, bei der Stipulation und dem Literalcontracte aber in dieser Hinsicht keine Wirkung haben, da hier der Contract in dem Vorhandensein bestimmter äußerer Formen als existent erscheint, sondern nur auf das vorhandene Resultat, welches um eines beabsichtigten Zweckes willen hervorgebracht ist, bezogen werden und hier entscheiden, ob das Resultat, das dare oportere des eines Theiles, mit dem über dem formellen stehenden materiellen Rechte übereinstimme oder nicht, und ob im letzteren Falle eine Hilfe durch Klage oder Einrede nothwendig werde. Die Formalcontracte stehen demnach unter einem ausgedehnteren Gebiete von Rechtsregeln als die materiellen Contracte. Bei diesen bedarf es nicht eines Hinausgehens über ihre einfache Schließung, nicht des Suchens eines weiteren Anknüpfungspunktes, da sie um ihrer selbst willen vorgenommen werden, und die Absicht der Parteien mit der Vollendung des Geschäftes erreicht ist. Bei den Formalcontracten bedarf es hingegen einer weiteren Abstraction und des Zurückgehens auf die allgemeinen Gründe, aus welchen im Rechtsverkehre Uebertragungen, hier die Uebertragung eines nomen, geschehen, und auf die hier geltenden Regeln. Die früher in der Doctrin vorgetragenen Ansichten erklären sich für einen viel engeren Wirkungskreis der Stipulation. Man blieb, ungeachtet ihre Natur als die eines generellen und eines Formalcontractes nicht zu verkennen war, regelmäßig dabei stehen, und erklärte die Stipulation entweder nur für ein Bestärkungsmittel anderer Verbindlichkeiten oder erblickte in derselben eine allgemeine Form, welche die einen Vertrag bildende Einwilligung der Parteien haben muß, wenn der Vertrag klagbar sein soll; man achtete also, da nach den jetzt geltenden Grundsätzen jeder Vertrag auch ohne die Form gelte, für das heutige Recht den einfachen Vertrag der Stipulation gleich. Diese Ansicht, welche auf mehrere römische Stellen

gestützt wird[78]), findet sich bei Cujacius und anderen älteren Civilisten[79]). Hingegen nach der Ansicht des Donellus[80]) beruht das Wesen der Contracte auf der Uebereinkunft der Parteien, welche auf eine Leistung gerichtet und von den Gesetzen gebilligt sein muß; fehlt diese bestimmte gesetzliche Billigung (conventio iuris gentium), so entsteht eine Klage nur dann, wenn die conventio nicht nuda ist, was sie nicht ist, wenn sie entweder in einen benannten Contract übergeht oder wenn von einer Seite die Leistung erfolgt ist. Dies sind indessen nur äußere Merkmale; die inneren Gründe liegen in den in §. 2. Inst. III. 14. genannten causae obligationum, res, verba, literae, consensus, nach welchen Contracte entweder allein durch den Consens gelten oder zu demselben noch res, verba oder literae hinzutreten müssen. Die Stipulation ist daher eine nach jenen allgemeinen Regeln auf dem Consense beruhende Convention, deren Zweck ist, daß der Stipulator vom Promittenten erwerbe. Während nach der ersten Ansicht die Stipulation ein bloßes Bestärkungsmittel für andere Verträge ist und ihr zu wenig Selbstständigkeit beigelegt wird, legt ihr Donellus zu viel Selbstständigkeit bei, indem er ihren Charakter als Formalcontract übersieht, und sie als eine infolge des Consenses, welcher nur in bestimmter Form erklärt sein muß, geltende Convention, die also auch materiell charakterisirt ist, darstellt. Nach ihm ist die Stipulation nur insofern ein genereller Contract, als sich verschiedene Gegenstände versprechen lassen, nicht aber insofern ein verschiedenartiger Rechtsstoff für sie paßt; sie hat einen eigenen Rechtsstoff als Convention. Liebe[81]) meint, daß Donellus einen Schritt weiter hätte gehen und, da ihm Zweck der Stipulation ist, daß der Stipulator vom Promittenten erwerbe, fragen und erörtern müssen, weshalb man dann überhaupt von einem Anderen, und namentlich durch Stipulation, erwerbe, wo dann mit der Verdeutlichung der hierzu vorhandenen Rechtsgründe die Anknüpfungspunkte zwischen der Stipulation und dem Rechtsgebiete außer ihr gefunden gewesen wären. Liebe selbst geht von folgenden Grundsätzen aus. Ein Rechtsact könne die Natur eines solchen, und mithin rechtliche Giltigkeit und Folgen, zufolge seiner Form oder seines inneren Gehaltes haben; zufolge der Form nur infolge derselben durch die Gesetzgebung beigelegten Wirkung, weshalb die Geltung der Form positiv rechtlich, iuris civilis sei; zufolge des inneren Gehaltes infolge der naturalis ratio, der doctrinellen Ableitung aus Vernunftprincipien, welche über alle cultivirten Völker gleichmäßig verbreitet seien (bei den Römern ius gentium). Wo nun

---

78) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 1. Lib. II. Tit. 22. §. 1. L. 5. pr. D. 45. 1.

79) Vgl. Liebe a. a. O. S. 68.

80) Donell. Comm. iur. civ. Lib. XII. cap. 6—15. Lib. XIV. cap. 36. Comm. in tit. de verbor. obligat. prooem. ad L. 5. pr. §. 16. ad L. 38. §. 17 ad L. 72. §. 47.

81) Liebe a. a. O. S. 70 flg.

nach dem ius civile die Form Geltung habe, komme selbstverständlich auf eine weitere Verbindung mit Rechtsverhältnissen, unter welchen auch die naturalis ratio das Entstehen der Rechtsfolge billigen würde, zunächst nichts an; eine Formalhandlung erscheine daher zunächst ganz isolirt und ohne weitere Beziehung. Anders verhalte es sich bei Handlungen der zweiten Art. Diese entbehrten an sich eines bestimmten Kennzeichens, aus welchem eine rechtliche Bedeutung hervorginge; die allgemeine Vernunft könne der isolirt dastehenden Handlung einen Rechtscharakter noch nicht beilegen; ob sie einen solchen erlange, sei nur aus Beurtheilung des ganzen Umfanges der Verhältnisse, in welchen jene Handlung erscheint, zu unternehmen. So übertrage, um nur Ein Beispiel zu nennen, die Mancipation schlechthin und unbedingt Eigenthum; die Handlung habe hier bestimmte äußere Kennzeichen, aus welchen sich ihre Folge unzweifelhaft ergebe. Anders verhalte es sich mit der einfachen Tradition, welche, an sich betrachtet, kein sie zu einem Rechtsacte qualificirendes Merkmal habe, und hinsichtlich welcher, ob sie ein Rechtsact sei, wodurch Eigenthum übertragen werde, nur durch Prüfung der Umstände, unter welchen sie vorgenommen ist, entnommen werden könne, ob diese von der Art seien, daß die naturalis ratio ihr die Eigenschaft eines Actes der Eigenthumsübertragung beizulegen habe. Diese Umstände, welche der nicht formell als Rechtsact charakterisirten Handlung Rechtscharakter verliehen, bezeichneten die Römer mit dem Ausdrucke causa. Hieraus folge mit Bestimmtheit, daß ein Formalact immer ein einfacher sei, die aus Gründen des materiellen Rechtes geltende Handlung aber nicht als eine einfache, sondern stets in einem solchen Zusammenhange mit anderen Thatsachen und Handlungen erscheine, daß sie oft allen Charakter der Selbstständigkeit selbst im Aeußeren verliere und nur als einzelnes Stück in einem ganzen — als Ganzes mit unterscheidender Bezeichnung versehenen — Rechtsverhältnisse erscheine. Auf diesen Grundlagen beruht nach Liebe zunächst das Verhältniß der Stipulation zu den übrigen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten. Die Stipulation ist hiernach ein einfacher Formalact, welcher geradezu eine Verbindlichkeit des Promittenten begründet, nicht etwa, weil die Stipulation ein Versprechen ist und man Versprechungen halten muß, sondern weil die Form: Centum dare spondes? spondeo, das centum dari oportere vollkommen klar macht. Es bedarf also zur Begründung eines rechtlichen Charakters der Stipulation nicht erst, daß man sie mit den Umständen, unter welchen sie erfolgt, in Verbindung bringt und sie in diesem Zusammenhange prüft; der Rechtscharakter versteht sich, auch wenn man sie außerhalb aller Verbindung auffaßt, von selbst. Der Gegensatz der Stipulation, als des nach dem ius civile schlechthin folgenreichen formalen Versprechens, ist das einfache, formlose Versprechen, nudum pactum, nuda conventio. Dieses ist nach Liebe ebenso wie die Stipulation, ein einfaches, an sich beziehungsloses Versprechen; dergleichen einfache Handlungen erhielten nur dann recht=

liche Bedeutung, wenn sie in einem Zusammenhange erschienen, in welchem die naturalis ratio ein Rechtsverhältniß anzuerkennen genöthigt sei; man werde daher bei einem acceptirten Versprechen immer nach einem Grunde und einem Zusammenhange fragen, in welchem es rechtlich charakterisirt erscheine; man werde fragen, wofür und weshalb versprochen worden sei, und gewiß, wenn sich gar keine rechtliche Beziehung des Versprechens auffinden lasse, dasselbe für völlig wirkungslos, für ein gleichgiltiges Gespräch, welchem rechtlicher Charakter fremd sei, halten. Diese Ansicht hält Liebe naturrechtlich für überwiegend und im römischen Rechte auf das bestimmteste ausgesprochen und durchgeführt. Hiernach unterscheide sich das Versprechen von einem gleichgiltigen Gespräche nicht; es enthalte die Erklärung des Willens einer Partei; seinen Willen aber könne Jeder ändern, bis er zur That geworden und das Geschehene nicht ungeschehen zu machen sei. Dem Sittengesetze möge es widersprechen und die constantia verletzen, Entschlüsse zu fassen und auszusprechen, welche man nicht ausführe; das Rechtsgesetz sei aber dadurch nicht verletzt. Das Versprechen enthalte kein Moment, aus welchem seine rechtlich bindende Kraft abzuleiten wäre. In der Beschaffenheit des Gegenstandes des Versprechens könne ein solches Moment ebenfalls nicht liegen. Das eigentliche Moment, auf welchem eine rechtliche Giltigkeit beruhen könne, liege sonach außerhalb des Versprechens selbst und sei in den Verhältnissen zu suchen, unter welchen es im einzelnen Falle erscheine. Das im einfachen Versprechen erklärte Wollen, welches an sich unverbindlich und durch Aenderung des Entschlusses wieder aufzuheben sei, könne hier durch die Verhältnisse so fixirt werden, daß es für den Versprechenden zu einem rechtlichen Bande werde. Alsdann sei außer dem einfachen Willen auch noch ein Rechtsgrund für dasselbe da. Gegen diese Deduction ist mit Gneist[82]) zu erinnern, daß man dieser Bedenken ungeachtet immer auf den Willen als alleinigen Rechtsgrund zurückkommen wird; man muß sich nur über die Beschaffenheit des juristischen Willens verständigen, dessen verbindliche Kraft stets in ihm selbst, nicht in Umständen außer ihm, liegt. Die Umstände sind nur insofern von Bedeutung, als sie dazu dienen, zu ermitteln, ob eine Willenserklärung eine ernstlich gemeinte, eine auf einen rechtlichen Act wirklich gerichtete sei. Der Wille als etwas blos Innerliches, erhält seine juristische Bedeutung und Folge erst, wenn er in die äußere Erscheinung tritt, durch Handlungen, Zeichen, Wort und Schrift. Werden äußere Zeichen zum Ausdrucke des Willens gewählt, so entsteht die Schwierigkeit, daß eben so oft das äußere Zeichen sein Verständniß erst durch den Willen, wie der Wille seinen Ausdruck durch das Zeichen, erhält. Nach der Erfahrung erscheinen daher alle solche Zeichen schwankend und zweideutig. Wählt man dagegen Worte und Schrift, gäbe man durch die prägnantesten Worte der Sprache zu er-

82) Gneist a. a. O. S. 114 flg., dem wir für das Weitere folgen.

kennen, daß man einem Anderen etwas leisten wolle, so folgt daraus noch nicht nothwendig, daß der Promittent seinen Willen binden und dem Anderen ein Zwangsrecht auf diese Beschränkung seiner Willensfreiheit (Forderungsrecht) einräumen wolle. Das Streben des älteren römischen Rechtes ging nun darauf, durch eine Verbindung von Handlungen (Symbolen) und Worten von hergebrachter Bedeutung jenes Schwanken zu beseitigen. Dies geschieht durch die formellen Verträge, namentlich durch die mancipatio auf dem Gebiete des Sachenrechtes, durch die Stipulation und literarum obligatio auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Neben diesen formellen Verträgen steht in der Blüthezeit römischer Rechtsentwickelung ein zweites eben so wichtiges Gebiet nicht formeller Verträge, welche neuerdings als Materialcontracte bezeichnet werden. Zweckmäßig stellt man hier das Gebiet des Sachenrechtes und des Obligationenrechtes einander gegenüber. 1) Uebertragung des Eigenthums durch Uebereinkunft. Im Gegensatze der formellen Mancipation dient hier als materielles Geschäft die Tradition. Der Tradent giebt eine Sache in das Vermögen des Anderen hinüber, d. h. er verkleinert das Gebiet seines Wollens und Vermögens, um das des Anderen zu vergrößern. Sein Wille hat also eine bestimmte Richtung, welcher sich der Wille als vernünftiger Wille bewußt sein muß. In dem Willen, Eigenthum zu übertragen, liegt mithin e r s t l i c h das Bewußtsein, daß man die Rechtssphäre des Empfängers erweitere, z w e i t e n s der auf diesen Erfolg gerichtete Wille. In dem Erfordernisse eines bewußten Willens liegt aber auch, daß er wissen muß, ob Erweiterung des fremden Vermögens ihm Selbstzweck ist oder um eines Anderen Willen gewollt wird. Ist die Vermögenserweiterung Selbstzweck, so nennen wir das Geschäft Schenkung; der Tradent giebt hier, um zu geben [83]). Ist die Vermögenszuwendung von Seiten des Gebers nicht Selbstzweck, so muß an einer anderen Stelle umgekehrt das Rechtsgebiet des Gegners vergrößert und das seinige verkleinert werden. Wo nicht Schenkung, muß also ein Austausch von Leistungen beabsichtigt sein. Im Gegensatze zur Schenkung erscheinen diese Geschäfte als onerose. Der allerdings denkbare Austausch durch gleichzeitige Auswechselung von Eigenthum gegen Eigenthum ist dem römischen Rechte unbekannt. Gewöhnlich ist daher ein Forderungsrecht Gegenstand der Gegenleistung und zwar in zwiefacher Weise: a) entweder ging ein Kaufgeschäft oder eine andere obligatio ad tradendum vorher; dann ist die Tradition Erfüllung, also Aufhebung einer Obligation; man sagt von einer solchen Tradition, sie geschehe venditionis causa oder generell solvendi causa; die schon vorhandene Obligation ist hier causa tradendi, man kann sie als causa antecedens oder praeterita bezeichnen; b) oder der Tradent giebt 100, der Empfänger verspricht dagegen 100 zurückzuzahlen oder eine andere Leistung (do ut des, do ut

---

83) L. 1. D. 39. 5.

facias, do ut reddas). Hier knüpft sich das Forderungsrecht erst an das Geben. Der Tradent giebt im Vertrauen auf die fides des Empfängers (credere im weiteren Sinne). Man kann daher allgemein von einem tradere credendi causa sprechen, indem der Tradent eine künftige (nicht gerade klagbare) Gegenleistung hofft, und insofern läßt sich dieser Grund des Gebens als causa futura bezeichnen. Ist die versprochene Gegenleistung sogleich klagbar, so erfolgt der Austausch von Vermögensobjecten auch hier gleichzeitig. Den Gegensatz zu diesen beiden Fällen bildet die Schenkung. Durch eine Tradition donandi causa wird weder eine Obligation des Gebers getilgt, noch eine Obligation des Empfängers begründet, ihre causa ist eben das bewußte Nichtwollen einer Gegenleistung. Die causa läßt sich als juristische Absicht des Geschäftes bezeichnen. Zunächst wird bei einer solchen Absicht des Gebers an den Fall gedacht, wo das Geben um einer Gegenleistung Willen erfolgt. Causa bezeichnet hier überhaupt den Umstand, an welchem der eine Contrahent ein solches vermögensrechtliches Interesse hat, um deshalb dem Anderen ein Vermögensrecht zuzuwenden. Die Gegenleistung selbst läßt sich sogar hier als causa bezeichnen; daher auch der Gegensatz zwischen datum ob causam und donatum im juristischen Sprachgebrauche. Aber auch das bewußte Absehen von einer solchen causa kann causa dandi werden; dann ist Schenkung vorhanden. Hieraus ergiebt sich die Dreitheilung der Vermögenszuwendung in donare, solvere, credere. Die Tradition erfolgt also entweder solvendi causa oder credendi causa oder donandi causa. Diese drei causae werden in mehreren Stellen zusammengestellt[84]). Zu dieser juristischen Absicht (causa) findet sich schon in den römischen Quellen ein wichtiger Gegensatz; es werden nämlich, wenn auch die juristische Absicht feststeht, gewöhnlich im Hintergrunde manche äußere Veranlassungen liegen, welche nicht der Rechtssphäre angehören, wovon viele Beispiele in den Quellen vorkommen. Auch diese äußeren Veranlassungen werden mitunter als causa bezeichnet. Das Schwankende in der Bedeutung des Wortes causa im Sprachgebrauche der römischen Juristen erschwert diese Erörterungen. In den Titeln über die condictio sine causa, ob causam datorum u. s. w. bezeichnet die causa einer Vermögenszuwendung in der Regel die juristische Absicht. Der Versuch, diese Zweideutigkeit durch einen veränderten Sprachgebrauch zu heben, wonach causa die bloße Veranlassung zu einem Geben sein soll, res aber die bestimmte Vermögenszuwendung, welche das Geschäft zu einem negotium macht[85]), ist eben nur Versuch geblieben. Wenn eine wirkliche juristische causa einer Tradition erwähnt wird, z. B. ein Kaufgeschäft oder eine Schenkung, so liegt das Juristische

---

84) L. 65. §. 4. D. 36. 1. L. 49. D. 46. 3. L. 20. D. 12. 1. Weniger systematisch ist der Unterschied der causae tradendi bei Gai. Inst. Comm. II. §. 20. L. 55. D. 44. 7.

85) L. 52. D. 12. 6. von Pomponius.

dieser causa in der bewußten Absicht, eine bestimmte Aenderung im Verhältnisse des einen Vermögens zu dem anderen zu bewirken. Der Tradent muß der einen oder anderen juristischen causa sich bewußt sein, denn sinn- und gedankenlos würde derjenige handeln, welcher gäbe, ohne zu wissen, ob er eine Gegenleistung erhalten hat oder erhalten soll, und doch auch nicht schenken will. Diese bewußte Absicht des Tradenten muß aber auch äußerlich erkennbar werden. Als Willensausdruck erscheint die Uebertragung des Besitzes, welche als positives Erforderniß zu betrachten ist. An und für sich allein ist aber die Tradition als Willensausdruck nicht genügend, weil die Uebergabe nicht blos in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, sondern auch andere dingliche oder persönliche Rechte einzuräumen sowie auch ohne die Absicht, ein Rechtsverhältniß dadurch zu begründen, geschehen kann. Die Tradition erhält ihre juristische Bedeutung erst durch die Richtung des Willens. Es muß daher im einzelnen Falle der Causalzusammenhang der Tradition mit den Umständen, unter welchen sie erfolgt, festgestellt werden; namentlich ob eine Leistung des Gegentheiles vorhergegangen ist oder nachfolgen sollte. Der animus donandi hingegen läßt sich nur aus Worten und Umständen schließen. In beiden Fällen aber liegt der Rechtsgrund der Tradition in dem Willen selbst, nicht in etwas Aeußerlichem neben ihm. Deshalb wird der animus transferendi dominii abwechselnd mit causa traditionis gebraucht. Zur Würdigung der Bedeutung der Tradition ist zu beachten, daß erstlich die Uebertragung des Besitzes sinnlicher Ausdruck des Willens ist, der Sache eine Beziehung aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers zu geben; daß aber zweitens diese Beziehung als bewußte Beziehung sich durch das Dasein einer causa offenbart. Bei den formellen Verträgen ist das Verhältniß ein wesentlich anderes. Die Mancipation ist ein absolut wirksamer Act; sie überträgt Eigenthum, ohne daß dabei nach der causa gefragt wird, mag der Veräußernde ein solvere, credere oder donare beabsichtigt haben. Der rechtliche Wille ist hier durch die Form selbst bestimmt ausgeprägt, bedarf nicht erst einer Ableitung aus den Umständen, aus der bewußten Beziehung auf eine Gegenleistung. Die juristische causa ist bei der Mancipation schon in der Form selbst ausgedrückt. Die Mancipation ist eine imaginaria venditio; es bedarf daher keiner Frage nach der causa, da die Zahlung eines pretium eben der Ausdruck der causa ist. Der Gegensatz zwischen ihr und der Tradition läßt sich so bezeichnen, daß bei der Tradition eine causa vorhanden ist, bei der Mancipation fingirt wird; bei der Tradition eine reelle, bei der Mancipation eine symbolische Gegenleistung in Betracht kommt. Der formelle Vertrag auf diesem Gebiete charakterisirt sich durch die symbolische causa. 2) Begründung eines Forderungsrechtes durch Vertrag. Auch derjenige, welcher sich durch Vertrag zu einer Leistung verpflichtet, erweitert damit das Vermögensgebiet des Anderen durch seinen Willen, und dieser Wille muß ein bewußter sein. Wer dem Anderen 100 zu geben ver-

spricht, muß wissen, ob er verspricht, um zu versprechen oder um einer Vergeltung willen; sonst würde er sinn- und gedankenlos handeln. Als Act eines vernünftigen Willens ist also auch das Versprechen nur denkbar, entweder wegen einer vorhergegangenen Gegenleistung oder um eine Gegenleistung (im weiteren Sinne) zu erhalten oder schenkungsweise. Diese uns ziemlich geläufige Theorie wird aber im römischen Rechte nicht angewendet. Die drei möglichen Fälle wären: a) ein pactum mit einer causa antecedens, wenn ich Jemandem das verspreche, wozu er schon ein Forderungsrecht hat; sollte dadurch ein neues Forderungsrecht entstehen, so müßte das pactum die ältere Forderung aufheben; dies ist aber nicht der Fall; ein pactum bewirkt keine Novation. b) Ein pactum mit causa futura wäre ein promitto, ut des, vel facias; ein solches Geschäft, bei welchem das die Gegenleistung bildende Forderungsrecht nicht vorherging, sondern im Austausche erst entsteht, ist ebenfalls in der Regel ohne Wirkung. c) Ein promitto donandi causa, ein pactum donationis kommt im römischen Rechte vor Justinian auch nicht vor. Nach heutigen Begriffen würde hier eine causa vorhanden sein; nach römischer Ansicht bleibt das pactum doch ein nudum. Nach römischer Ansicht genügte der bewußte Wille der Contrahenten nicht; derselbe mußte auch äußerlich erkennbar sein; in dem Mangel dieser äußerlichen Erkennbarkeit liegt der Mangel des nudum pactum. Dem Rechtssinne der Römer war die eine Abstraction enthaltende Vorstellung fremd und unerkennbar, daß Jemand durch Versprechen ein Stück seiner Willensfreiheit aus seiner Rechtssphäre heraus in die eines Anderen hinübertrage, um dessen Willenssphäre zu erweitern. So wenig durch den Willen allein die Verwandelung meines Eigenthums in Eigenthum des Anderen möglich ist, vielmehr die Versinnlichung der bewußten Uebertragung durch Tradition nothwendig ist[86]), in demselben Sinne ist den Römern die nuda pactio auf Uebertragung eines Forderungsrechtes eine unjuristische Abstraction. Da bei der Tradition der Wille versinnlicht, bei der Mancipation sogar der Wille und die causa (Gegenleistung) symbolisch dargestellt wird, so konnte hier der römische Rechtssinn unmöglich von beiden absehen. Begründet ein pactum kein Forderungsrecht, giebt es bis zu Justinian kein wirksames pactum donandi causa, so ist nothwendige Folge, daß das pactum auch nicht durch Austausch wirksam werden kann. Ein Geschäft, in welchem Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht, d. h. eine ideale Willensbeschränkung gegen die andere gesetzt wird, bedarf noch einer idealen Verknüpfung zwischen beiden; auch diese zweite Abstraction ist der römischen Auffassungsweise unerkennbar. Wenn auch nach unseren Begriffen in dem Gegenversprechen eine causa liegt, so leidet doch nach römischer Ansicht das Gegenversprechen an demselben Mangel. Nach römischer Ansicht

86) Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 20. C. II. 3.

ist dem Versprechen des Einen nicht anzusehen, ob durch die ausgesprochene Willenserklärung ein Vermögensrecht des Anderen begründet werden soll; dem Gegenversprechen ist wiederum nicht die Richtung in das Vermögen dessen, von dem das erste Versprechen ausgegangen ist, anzusehen; das juristische Band beider (nexum, συνάλλαγμα) läßt sich nicht erkennen, existirt also juristisch nicht; es sind statt einer zwei wirkungslose Erklärungen vorhanden, welche nicht in einander greifen, welche des verknüpfenden Vereinigungspunktes ermangeln. Wenn nun auch hiernach weder Schenkung, noch Austausch von Forderungsrechten nach römischer Anschauung ohne äußere Versinnlichung des Ueberganges in ein fremdes Vermögen möglich ist, so findet doch eine Ausnahme bei solchen Geschäften statt, bei welchen im täglichen Verkehr der gegenseitige Austausch von Forderungsrechten so gewöhnlich geworden ist, daß das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung (z. B. emtio-venditio) für den Rechtssinn keiner besonderen Versinnlichung bedarf. Es ist dies der Fall bei den Consensualcontracten, welche dem in den Staaten griechischer Bildung herrschenden Systeme ganz zwangsloser und abstracter Geschäftsformen angehören und im eigentlichen ius civile keine Wurzel oder Analogie haben. Das System der materiellen Geschäfte des römischen Obligationenrechtes hat sich von einem anderen Standpunkte aus entwickelt. Der gleichzeitige Austausch von Eigenthum gegen Eigenthum war den Römern unbekannt. Nur der Austausch des Eigenthums gegen Erwartung einer künftigen Leistung war ihnen bekannt, und hier trat das obligatorische Versprechen als Gegenleistung gegen ein dingliches Recht hervor. Die materiellen Verträge haben sich von diesem praktischen Bedürfnisse aus entwickelt. Zunächst lehnt sich das obligatorische Versprechen an die formelle Eigenthumsübertragung, die Mancipation an. Die Rechtsgiltigkeit solcher Versprechen beruht auf der Vorschrift der 12 Tafeln: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Das obligatorische Versprechen hängt sich hier als lex mancipationis an den Hauptact, der zu ihm im Verhältniß der causa erscheint, an; es ist nicht mehr ein richtungsloses nudum pactum, sondern wird in einem feierlichen Acte mit einer sinnlich dargestellten causa verbunden. Hierdurch tritt das zwischen zwei einfachen Versprechen fehlende juristische Band (nexum) ein, und so wird der Wille des Versprechenden ein gebundener Wille. Ebenso wird das obligatorische Versprechen an die Tradition angeknüpft und das pactum wird hier, wie bei der Mancipation, als Nebenabrede (lex) bezeichnet [87]). Die Ausdrücke, certa lege tradere, dare, donare, kommen in älteren Constitutionen vor, welche einer Zeit angehören, wo jenes Princip schon über seine ursprünglichen Grenzen ausgedehnt war. Die einfachste Anwendung desselben ist bei der pecunia credita im eigent-

87) L. 48. D. 2. 14. L. 8. D. 19. 5. L. 20. §. 1. D. 23. 4. L. 10. C. II. 3.

lichen Sinne. Hier erscheint eine sichtbare causa für das Versprechen und das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung läßt sich durch die Gleichheit des Gegenstandes leicht erkennen. Die stricti iuris obligatio aus dem Geldarlehen ist unzweifelhaft unter den materiellen Verträgen die älteste. Da das vorangegangene dare zur Versinnlichung der causa dient, so konnte man bald dazu gelangen, daß nicht nur ein dare zu Eigenthum, sondern auch ein Geben zu Gebrauch, Verwahrung und Sicherheit als sichtbare causae zur Begründung eines contractus commodati, depositi, pignoris als genügend anerkannt wurden. So entstanden die Verträge aus dem credere im weiteren Sinne, welche schon einer freieren Entwickelungsstufe angehören und deshalb nicht mehr stricti iuris sind. Das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung ließ sich auch hier in der Gleichheit des Gegenstandes erkennen. Damit war das Gebiet der Realcontracte geschlossen. Mangelte es an der Identität des Objectes, so war das Verhältniß anders. Gab Jemand eine Sache, weil ein Anderer eine Sache ihm zu geben versprach, so übertrug er zwar Eigenthum; ein Austausch von Leistungen lag aber nicht darin, weil das Versprechen als nudum pactum wirkungslos war, also keine Vermehrung des Vermögens durch ein Forderungsrecht enthielt. Erst die künftige Leistung machte das Geschäft zu einem negotium, war insofern causa futura, bis zu deren Eintreten das übertragene Eigenthum wegen Habens ohne Grund durch eine condictio zurückgefordert werden konnte. Die Juristen erfanden später seit Labeo in diesem Falle die actio praescriptis verbis, wodurch auf diese künftige Leistung geklagt werden konnte; diese zweite Klage wurde, wie so oft im römischen Rechte, nur hinzugefügt, ohne die condictio, auf welche der Geber nun einmal ein Recht hatte, aufzuheben. Mit dieser actio praescriptis verbis ist die Theorie der Conventionen bei den Römern vollendet. Nach der bekannten von Ulpian nach des Aristo Vorgang aufgestellten Generaltheorie der Verträge [88]) zerfallen die klagbaren materiellen Verträge (iuris gentium conventiones, quae pariunt actiones) a) in bestimmt charakterisirte und benannte species; die Real- und Consensualcontracte; b) in einen generellen Contract, die sog. unbenannten Contracte, deren Besonderes nicht darin besteht, daß eine causa der conventio verlangt wird, sondern daß diese causa gerade in einem dare oder facere bestehen, also eine vorhergegangene sinnlich wahrnehmbare Vorleistung gegen das Versprechen gesetzt werden soll. — Die Bedeutung der formellen Verträge ist eine andere. Der allgemeine formelle Vertrag ist die Stipulation, bei welcher sich dasselbe Verhältniß zeigt, wie zwischen Mancipation und Tradition. Die Stipulation ist eine einfache Formhandlung, welche als solche eine Obligation begründet; ihre rechtliche Wirkung versteht sich von selbst, ohne Rücksicht auf eine causa. Es wird nicht darnach gefragt, ob eine Gegenleistung

88) L. 7. D. 2. 14.

vorhergegangen sei oder ob sie nachfolgen solle oder ob der promissor das Versprechen um des Versprechens willen wolle (schenken wolle); der promissor wird ohne weitere Frage danach gebunden. Da sich aber kein Vertrag ohne causa denken läßt und bei den materiellen Verträgen das Dasein einer sinnlichen causa grundsätzlich nothwendig ist, so liegt die Vermuthung nahe, daß hier dasselbe Verhältniß, wie bei der Mancipation, obwalte, daß nämlich die causa der verborum obligatio schon in der Form des Geschäftes ausgedrückt sei. Nach dem im römischen Rechte streng festgehaltenen Grundsatze, daß die Aufhebung formeller Verträge genau in derselben Form erfolgen müsse, in welcher sie eingegangen sind, ist aus der Form der acceptilatio ein Schluß auf die Form der Stipulation zulässig. Denn die acceptilatio entspricht ausschließlich der Stipulation; durch sie werden nur verborum obligationes aufgehoben; die acceptilatio ist aber eine imaginaria solutio [89]). Ist der Stipulation die Aufhebung durch eine fingirte Geldzahlung eigenthümlich, so ist auch der Schluß auf ihre Entstehung durch fingirte Geldzahlung zulässig. Der imaginaria solutio entspräche eine imaginaria numeratio, also ein fingirtes Darlehen (pecunia credita) bei dem Entstehen. Pecunia credita heißt deshalb technisch im römischen Rechte nie etwas Anderes als Darlehen oder eine pecunia in stipulatum deducta [90]). Das Verhältniß der Stipulation zu der alten nexi obligatio ist ähnlich wie das der acceptilatio zu der nexi liberatio. Die nexi liberatio ist bei Gajus eine species imaginariae solutionis per aes et libram; in der acceptilatio ist nur eine imaginaria solutio übrig geblieben. Ebenso tritt an die Stelle der nexi obligatio als imaginaria numeratio per aes et libram die Stipulation als einfache imaginaria numeratio. Unter Weglassung des Symbols hat sich in beiden Fällen die Fiction der Zahlung mit ihren Folgen erhalten. Das Wesen der Stipulation ist demnach in eine fingirte causa zu setzen. Ist bei der Stipulation die causa schon in der Form ausgedrückt, später wenigstens fingirt, so kommt es dabei auf eine wirkliche causa zur Begründung einer Obligation nicht an. So ist es nach dem Civilrechte. Allein das prätorische Recht verhilft hier, wie in ähnlichen Fällen, indirect der wirklichen causa zur Anerkennung. Die Entstehung der verborum obligatio ist zwar von der causa unabhängig; die entstandene Obligation kann aber wegen Mangelhaftigkeit der causa wieder aufgehoben und unwirksam gemacht werden. Als Mittel zur Aufhebung dient eine in den Digesten mehrfach erwähnte doli exceptio [91]). Dieser Umweg führt zu der Nothwendigkeit, auch bei der Stipulation nach der juristischen Absicht der Contrahenten zu

89) §. 1. Inst. III. 29. Gaj. Inst. Comm. III. §. 169. 170.

90) Vgl. die von Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 532—540 zusammengestellten Stellen, namentlich L. 2. §. 5. D. 12. 1. L. 3. §. 3. L. 4. D. 14. 6.

91) L. 2. §. 3. D. 44. 4.

fragen. Die einzelnen Fälle der causa sind hier, wie bei jeder Vermögenszuwendung, auf ein solvere, credere, donare oder auf eine causa antecedens, causa futura oder causa donandi zurück zu führen[92]). — Stipulation ex causa antecedente[93]). Die Fälle, in welchen der Stipulation ein debitum civile oder naturale vorhergeht, sind im gewöhnlichen Leben die meisten. a) Bei dem Kaufe kann sowohl das pretium stipulirt werden als die Leistungen des Verkäufers, wobei verschiedene Formeln gebraucht wurden[94]). b) Bei dem Pacht- und Miethcontracte läßt sich sowohl die merces stipuliren als es auch passende Stipulationsformeln für die Leistungen des anderen Theiles giebt. c) Für die societas gab es keine bestimmte, die Leistung der Gesellschafter umfassende, Formel; es blieb nichts übrig als die Leistungen aufzuzählen und eine allgemeine Stipulationsclausel oder auch noch eine Pönalstipulation hinzuzufügen. d) Dasselbe war bei dem Mandat der Fall. e) Am häufigsten kam die Stipulation bei dem Darlehen mit der einfachen Formel dare spondeo vor und es war bei Gelddarlehen das pecuniam creditam stipulari um so gebräuchlicher als zum Versprechen von Zinsen, Conventionalstrafe u. s. w. ohnehin Stipulation nothwendig war. f) Die Rückgabe eines depositum, commodatum, pignus ließ sich durch die Formel: rem meam mihi restitui, stipuliren. g) Causa antecedens ist es auch, wenn Jemand bei unbenannten Contracten nach empfangener Vorleistung (datum vel factum) die Gegenleistung durch Stipulation verspricht, welchenfalls der Geber durch die promissio ein klagbares Recht erhielt, so daß das ius poenitendi in Wegfall kommt[95]). h) Aehnlich sind die häufigen Stipulationen über Rückgabe einer dos nach Trennung der Ehe. i) Den aufgezählten materiellen Hauptverträgen können sich Nebenverträge anschließen, welche, ohne Rücksicht darauf, ob sie schon als gleichzeitige pacta adiecta bei bonae fidei contractus klagbar sind oder nicht, in Stipulationen eingekleidet zu werden pflegen. Dahin gehören die duplae stipulatio bei dem Kaufe, überhaupt Stipulationen über Gewährleistung, Haftung für casus, Nebenstipulationen über die Rückgabe der dos, die sog. clausula doli u. s. w. k) Auch eine verborum obligatio selbst kann wieder in stipulatum deducirt werden. Ebenso wie Obligationen aus allen Arten von Verträgen causa antecedens der Stipulation sein können, so können auch l) Delictsobligationen in stipulatum deducirt werden[96]). m) Von Obligationen, welche nach römischer Ansicht ex variis causarum

---

92) Zusammengestellt werden die drei causae in L. 19. §. 4—6. D. 39. 5. Ebenso wird diese Dreitheilung bei der Delegation erwähnt; diese geschieht bald solvendi causa (L. 8. §. 3. D. 16. 1.), bald donandi causa (L. 18. §. 1. D. 39. 6.), bald ex causa futura (L. 4. §. 21. D. 44. 4.). Vgl. auch L. 32. D. 12. 1. L. 27. §. 2. D. 16. 1.

93) Liebe a. a. O. S. 156—343. Gneist a. a. O. S. 138—154.

94) Vgl. Gneist a. a. O. S. 139 flg.

95) L. 4. C. IV. 64.

96) L. 72. §. 3. D. 46. 3.

figuris herrühren, finden sich Beispiele der Umwandelung in eine Stipulation. n) Endlich kann jedes naturale debitum in stipulatum deducirt werden[97]). Ganz allgemein wird jede Obligation in einer Stelle als causa praecedens bezeichnet[98]). Bei den Stipulationen ex causa antecedente ist also die causa ein debitum antecedens. Daher werden die Ausdrücke causa, obligatio, debitum hier häufig mit einander verwechselt. Umgekehrt wird häufig indebite promittere für sine causa promittere gebraucht[99]). Die griechischen Juristen brauchen hier die Worte αἰτία (causa) und χρέος (debitum) synonym. Auch bei der pecunia constituta ist derselbe Sprachgebrauch; dort liegt ebenfalls eine causa oder debitum antecedens zum Grunde[100]). Das Hauptmerkmal der Stipulation ex antecedente causa ist das Stehen zweier Obligationen neben einander, welche als an sich selbstständige Forderungsrechte geschieden werden können und müssen. Hier tritt aber der wichtige Gegensatz ein, daß beide Obligationen entweder neben einander bestehen bleiben oder daß die Stipulation die frühere Obligation aufhebt (novatio). Dieser Gegensatz kommt nur auf diesem Gebiete vor, indem bei einer Stipulation mit causa futura oder donandi causa die Frage, ob ein vorangegangenes debitum dadurch novirt worden sei, gar nicht entstehen kann. Die Regel für diesen Gegensatz wird dahin aufgestellt, daß es auf die Absicht der Contrahenten ankomme, ob eine Novation eintreten solle; wo diese Absicht nicht vorhanden ist, bestehen die alte und neue Obligation neben einander[101]). Beide Fälle bedürfen einer näheren Erörterung. a) Außer dem Falle einer beabsichtigten Novation bestehen zwei Obligationen neben einander. Die Stipulation ist hier recht eigentlich eine cautio. Dieses Bestehen zweier Obligationen neben einander ist nicht wohl begreiflich, wenn man die Stipulation blos für eine bestimmte Form für den Willen, etwas schuldig zu sein, hält und sie nur als Mittel betrachtet, klaglose pacta klagbar zu machen, klagbare zu bestärken, eine Ansicht, welche auch einzelnen römischen Juristen nicht fremd[102]), aber ungenügend ist und nur in der späteren praktischen Stellung der Stipulation ihre Erklärung findet. Die Stipulation wurde praktisch allerdings unter anderem dazu gebraucht. Sie war aber mehr als bloße Einkleidungsform. Denn wenn sie blos dieses wäre, so müßte ihre Giltigkeit nach dem Civilrechte in irgend einer Weise von dem vorangegangenen pactum, der causa antecedens, abhängen, die zwar im Zweifel zur Aufklärung über den Umfang der Verpflichtung und die eigentliche Absicht der Contrahenten dienen kann, aber zur Entstehung der verborum obligatio nicht wesentlich ist, was unzweifelhaft

97) Z. B. L. 1. D. 46. 2.
98) L. 1. §. 1. D. 46. 2.
99) Z. B. L. 25. D. 22. 3.
100) L. 1. D. 13. 5. L. 2. C. IV. 18.
101) L. 2. D. 46. 2.
102) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 1.

schon daraus hervorgeht, daß sich in den meisten Fällen das zum Grunde liegende Geschäft aus der Stipulationsformel dare, restituere spondes u. s. w. gar nicht erkennen läßt, wie daraus, daß z. B. der Schuldner, welcher in Erwartung eines Darlehens (zurück-) zu zahlen promittirt, auch dann verpflichtet wird, wenn er kein Darlehen empfangen hat. Die Gestaltung des Verhältnisses eines Bestärkungsvertrages zeigt sich an dem Constitutum, wo die Regel gilt: hactenus valet, si, quod constituitur, debitum sit. Als bloßer Bestärkungsvertrag könnte die Stipulation keine zweite selbstständige Obligation begründen. Denn zu einer zweiten Obligation gehört eine neue causa. Verspricht man mehrere Male derselben Person dasselbe, knüpft aber das Versprechen jedesmal an eine verschiedene Gegenleistung, so sind es immer verschiedene Obligationen, deren jede ihre besondere causa hat. Verspricht man mehrere Male derselben Person dieselbe Sache gegen dieselbe Gegenleistung oder schenkungsweise, so ist es immer nur Eine Obligation. Ein reiner Bestärkungsvertrag begründet keine nova obligatio. Da nun eine in stipulatum deducirte Schuld als eine zweite neue Obligation bezeichnet und behandelt wird [103]), so muß in der Stipulation selbst eine nova causa liegen. Die Stipulation ist ein fingirtes creditum; sie muß daher von der vorangegangenen Obligation unabhängig sein; denn ihre causa ist nicht diese frühere Obligation, sondern das fingirte creditum. Deshalb gilt auch eine unvollkommene Stipulation nicht als Constitutum, weil der Wille der Parteien einmal auf die Contrahirung einer anderen Obligation, eines creditum, gerichtet war [104]). Auch wo die Stipulation zu einem klaglosen pactum hinzutritt, in welchem Falle sie uns am meisten als bloßer Bestärkungsvertrag erscheinen würde, bleibt die exceptio aus dem pactum selbstständig, neben der actio ex stipulatu [105]). b) Der Fall der Novation ist von dem vorigen dadurch verschieden, daß die Stipulation nicht als causa hinzutritt, sondern die vorangehende Obligation nach der Absicht der Contrahenten aufheben soll. Freilich enthält die Stipulation als fingirtes creditum immer eine nova causa. Allein der Unterschied liegt darin, daß bei einer Novation ein Austausch der alten gegen die neue Obligation stattfindet, welcher mit der Zahlung verglichen wird [106]) und verglichen werden kann, weil die Stipulation ein ganz neues Vermögensrecht (ex credito) schafft. Die selbstständige Natur der Stipulation, wodurch ihre Stellung zu dem debitum antecedens erklärt wird, führte zu folgender Schwierigkeit. Wenn Jemand 100 aus einem Kaufe schuldig ist und nun ohne weitere Beziehung darauf erklärt: centum dare spondeo, so läßt sich, mag die zweite Obligation die erste aufheben sollen oder nicht, keines von beiden

103) L. 17. §. 2. D. 46. 2. §. 3. Inst. III. 29.
104) L. 1. §. 4. D. 13. 5.
105) L. 10. §. 1. D. 2. 14.
106) L. 31. D. 46. 2.

erkennen, so wenig wie überhaupt ein Zusammenhang zwischen beiden Obligationen. Bei darüber entstehenden Zweifeln mußte die Beweisführung unter Umständen schwierig sein. In späterer Zeit bediente man sich daher als eines bequemen Mittels der Schrift, bei welcher einer ganzen Reihe von Verabredungen die Stipulation als Schlußclausel beigefügt werden kann[107]). Eine anderweite Frage, welche auch wenn der Zusammenhang der Stipulation und ihrer causa nachgewiesen war, entstand, war, ob die Stipulation noviren sollte oder nicht. Nach den Digestenfragmenten kommt es hierbei lediglich auf die Absicht der Contrahenten an, quod actum erat. Auch der Beweis dieser Absicht konnte unter Umständen schwierig sein. Zum Beweise der Absicht war vielleicht diejenige Fassung der Stipulation dienlich, bei welcher die causa antecedens als Gegenstand des Versprechens in die Stipulationsformel aufgenommen wird. Cujacius[108]) unterscheidet deshalb die stipulatio vulgaris, quae fit simpliciter, „rem dari" und die stipulatio specialis, quae fit adiecta causa: „Quod actione rei uxoriae dare facere oportet, dari." Die stipulatio vulgaris hat die Auctorität von Thaleläus zu L. un. pr. C. V. 13.[109]) für sich, und da Thaleläus gleichzeitig mit Justinian und Rechtslehrer war, so muß die von ihm gebrauchte Bezeichnung der Stipulation als eine damals in den Rechtsschulen und in der Praxis gebräuchliche gelten. Der von Cujacius gebrauchte Ausdruck stipulatio specialis hat keine Auctorität für sich. Die Sache selbst ist aber richtig. Beispiele der Formeln, in welchen die causa antecedens als Gegenstand des Versprechens in die Stipulation aufgenommen wird, finden sich hin und wieder in den Quellen aufgeführt[110]). Regelmäßig erscheinen als sog. stipulationes speciales die Stipulationen zur Uebernahme einer fremden Schuld[111]) und die verschiedenen Formeln der fideiussio[112]). Eine solche Stipulation nimmt die ganze frühere Obligation nicht blos als causa, sondern als Gegenstand der Leistung direct in sich auf, im Zweifel in dem Umfange, welchen die frühere Obligation gerade zur Zeit der Novation hatte, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist: quidquid dare oportet vel oportebit[113]). Wegen des nicht mit in stipulatum deducirten Theiles der früheren Obligation fand Nachforderung mit der Klage aus der alten Obligation statt[114]). Auf diese Weise ließ sich sogar eine Mehrheit

---

107) So in L. 140. pr. D. 46. Aehnliche Schlußformeln, wie die in dieser Stelle erwähnte, kommen häufig vor, nicht blos in den Rechtsquellen, sondern auch in den Urkunden über Rechtsgeschäfte.

108) Cuiacius ad L. 29. D. de V. O. (45. 1.)

109) Sch. Θαλελαίου Basil. T. III. p. 449. ed. Heimb.

110) Sie sind aufgeführt von Gneist a. a. O. S. 151.

111) L. 32. D. 12. 1. L. 47. §. 1. D. 46. 1.

112) L. 16. 42. D. 46. 1. L. 132. §. 1. D. 45. 1. L. 13. §. 9. D. 46. 4.

113) L. 76. §. 1. D. 45. 1. L. 4. D. 22. 1.

114) L. 4. §. 1. D. 22. 1.

von Obligationen in eine Stipulationsformel zusammenfassen. Am umfassendsten geschah dies in der Formel der Aquiliana stipulatio [115]), welche zugleich ein Beweis dafür ist, daß diese Fassung schon sehr frühzeitig bei den Römern gewöhnlich war. Diese Fassung stand in einer gewissen Verbindung mit der Annahme oder Nichtannahme einer Novation. Wo in den Quellen eine sog. stipulatio specialis erwähnt wird, wird ihre novirende Kraft als sich von selbst verstehend vorausgesetzt [116]). Dies wird namentlich durch die Aquiliana stipulatio bestätigt. Die Novation ist nach der Definition der römischen Juristen eine transfusio et translatio prioris debiti in aliam obligationem [117]); soll sie dies sein, so mußte man natürlicher Weise in der Formel, quidquid ex illa causa dare facere oportet, welche sich an die Klagformeln anschloß, den Ausdruck der Absicht finden, den ganzen Inhalt der früheren Obligation in sich aufzunehmen und zu absorbiren. In Beziehung auf die entstehende Klage war diese Fassung der Formel insofern wichtig, als die Klage aus einer solchen Stipulation nicht die certi condictio sein konnte, sondern nur die condictio incerti (actio ex stipulatu). Diese Klage gestattete aber dem iudex freien Spielraum in der Verurtheilung, Rücksicht auf die Mängel, selbst auf die bonae fidei Natur der ursprünglichen Schuld, auf welche der iudex zur Bestimmung des Inhaltes und des Umfanges der Condemnation direct verwiesen war [118]). — Stipulation donandi causa [119]). Sie kommt häufig in den Quellen vor [120]). Wie jede Vermögenszuwendung durch dare, obligare, liberare erfolgen kann, so wird auch die Stipulation in diese Dreitheilung eingereiht [121]). Die promissio steht mit der datio auf völlig gleicher Stufe. Auch eine promissio donandi causa ist daher schon eine vollendete Schenkung, nämlich Schenkung eines Forderungsrechtes. Ein erst durch Tradition zu vollendendes Schenkungsversprechen, im Gegensatze einer vollendeten Schenkung, ist überhaupt dem römischen Rechte unbekannt. Denn die Erfüllung des klagbaren Schenkungsversprechens ist keine Schenkung, sondern die Bezahlung einer Schuld. Das Bedürfniß einer erkennbaren causa machte bei der Schenkung eines Forderungsrechtes den Gebrauch eines formellen Vertrages nöthig. So wenig durch den ausgesprochenen Willen, eine Sache zu schenken, ohne Tradition irgend ein Recht, auch nicht ein unvollkommenes Eigenthum entsteht,

115) L. 18. §. 1. D. 46. 4.

116) L. 1. §. 4. D. 44. 5. L. 29. §. 1. L. 76. §. 1. L. 75. §. 6. L. 89. 125. D. 45. 1. L. 72. §. 3. D. 46. 3. L. 18. §. 1. D. 46. 4. Liebe a. a. O. S. 246. Gneist a. a. O. S. 182 flg.

117) L. 1. D. 46. 2.

118) L. 29. §. 1. D. 45. 1. und dazu Liebe a. a. O. S. 282—294.

119) Liebe a. a. O. S. 103—155. Gneist a. a. O. S. 154—158.

120) L. 2. pr. §. 1. L. 22. 24. 33. D. 39. 5. L. 24. D. 7. 1. L. 30. D. 42. 1. L. 3. §. 10. L. 23. D. 24. 1. L. 83. §. 6. D. 45. 1. L. 108. §. 4. D. 30. L. 19. D. 44. 7.

121) L. 3. §. 10. D. 24. 1.

so wenig entsteht nach römischer Rechtsansicht vor Justinian durch die nuda pactio irgend ein Recht auf Uebertragung eines Forderungsrechtes, auch keine naturalis obligatio. Die Auffassung, daß durch das pactum donationis eine naturalis obligatio entstehe, deren Stipulation dann eine stipulatio ex causa antecedente sein würde sowie auch die Ansicht, daß der Tradition schenkungshalber ein pactum donationis vorhergehe, welches durch die Tradition nur erfüllt werde, ist den Römern ganz fremd [122]). Jede Schenkung durch bloße Tradition, auch ohne die sonst vorgeschriebene Form, würde dann durch eine aus jener naturalis obligatio entstehende exceptio aufrecht erhalten werden können, wenn der Geber die Schenkung condiciren wollte. Das in der Justinianeischen Rechtssammlung vorkommende pactum donationis ist nur ein pactum de non petendo. Nachdem Justinian freilich das pactum donationis für klagbar erklärt hat [123]), ist eine Tradition infolge einer vorhergegangenen Verabredung für eine traditio solvendi causa und eine Stipulation in gleichem Falle für eine Stipulation mit causa antecedens zu erachten. — Stipulation mit causa futura oder praesens [124]). Eine Vermögenszuwendung in der Absicht, den anderen Theil zur Rückgabe in genere, in specie oder zu einer anderen Gegenleistung zu verpflichten, heißt credere im weiteren Sinne [125]). Im Gegensatze heißt es von dem Schenkenden [126]): Qui donat, sic dat, ne recipiat. Ebenso wird ein dare, ut obligatio constituatur, dem donandi causa dare gegenübergestellt [127]). Auf der anderen Seite ist das credere der Gegensatz des solvere [128]). Das datum ob causam futuram kommt häufig auch unter dem Ausdrucke datum ob rem vor [129]). Ebenso häufig als die Bezeichnungen ob rem dare und re non secuta, sind die Ausdrücke ob causam dare und causa non secuta; letzteres kommt sogar

---

122) Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen Bd. I, S. 344.

123) L. 35. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) Dies ist die gewöhnliche, auch in der Praxis angenommene Ansicht. Vgl. den Artikel Schenkung. Dagegen hat Liebe a. a. O. S. 400 die Ansicht aufgestellt, die angezogene Constitution Justinian's beziehe sich blos auf die rerum donatio und wirke nur mittelbar auf die stipulatio donandi causa, indem sie theils dem einfachen Versprechen gleiche Wirkung wie dieser beilege, theils ihre Zulässigkeit, insofern diese durch das allgemein ausgesprochene Erforderniß der Tradition beschränkt war, durch Aufhebung dieses Erfordernisses außer Zweifel stelle. Auch Gneist a. a. O. S. 158 theilt die gewöhnliche Ansicht nicht, ohne sich darüber zu erklären, ob er der Ansicht von Liebe beitrete oder nicht.

124) Liebe a. a. O. S. 344—400. Gneist a. a. O. S. 158—180.

125) L. 1. D. 12. 1. S. über den Begriff des creditum und der res creditae zur Zeit der classischen Jurisprudenz Heimbach iun., die Lehre vom Creditum (Leipzig 1849) S. 48 flg.

126) L. 1. §. 2. D. 43. 26.

127) L. 3. §. 1. D. 44. 7.

128) Z. B. in L. 19. §. 1. D. 12. 1.

129) So bei Pomponius in L. 52. D. 12. 6., bei Ulpian in L. 1. pr. D. 12. 4., bei Paulus in L. 1. 9. pr. D. 12. 5. L. 65. §. 4. D. 12. 6. L. 9. pr. L. 14. D. 12. 4. L. 5. pr. §. 1. D. 19. 5., bei Celsus in L. 16. D. 12. 6.

noch öfterer vor. Ein Unterschied zwischen dem ob rem und ob causam ist nicht zu ermitteln. Namentlich gebraucht in gleichartigen Fällen Ulpian lieber causa, Paulus res, letzteres, um die Zweideutigkeit des Ausdruckes causa (als bloße Veranlassung) zu vermeiden. Aber eben bei Pomponius und Paulus, welche sonst diese Zweideutigkeit zu vermeiden suchen, kommt auch vor: sub ea causa, in eam causam dare[130]). Die römischen Juristen nehmen die causa theils für Gegenleistung, theils noch allgemeiner für einen Umstand, an welchem der Geber ein vermögensrechtliches Interesse hat (res). Ebenso gut konnte freilich auch die causa antecedens als res bezeichnet werden[131]). Dem dare steht in den Quellen regelmäßig das promittere ex causa futura gegenüber, wofür indessen der Ausdruck credere nicht technisch ist[132]). Dem dare und promittere wird endlich die acceptilatio ob causam coordinirt[133]). Die in den Quellen zerstreut vorkommenden Beispiele der causa futura sind folgende: a) die donatio sub modo, welche sich am nächsten an die stipulatio donandi causa anschließt. Die hauptsächliche Absicht des Leistenden ist, zu schenken, weshalb die willkürliche Zurückforderung wegfällt; daneben wird durch das Geleistete Erreichung eines juristischen Nebenzweckes beabsichtigt; wird dieser verfehlt, so tritt causa non secuta eine Condiction ein. Auch hier steht dare und promittere gleich. Der Schenker muß aber bei dem modus ein juristisches Interesse haben, indem eine bloße Veranlassung zur Gabe rechtlich nicht in Betracht kommt. Aus den Umständen ist zu beurtheilen, ob das Eine oder Andere anzunehmen sei. Neben der condictio ob causam steht dem Schenker auch eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu[134]). b) Bei der stipulatio mortis causa ist nach der bei Festus gegebenen Definition[135]) der Tod die causa, weil der Schenkende dabei die juristische Absicht hat: quod magis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Wird diese Absicht durch den früheren Tod des Beschenkten verfehlt, so findet causa non secuta eine Condiction statt[136]). Eigentliche Gegenleistung ist hier die causa noch weniger als bei der donatio sub modo; causa sowohl als res bezeichnet

---

130) L. 15. D. 12. 4. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 31. §. 29.

131) Dies geschieht auch von Paulus in L. 8. D. 39. 5.

132) Wenn in §. 2. Inst. IV. 13. sich findet: si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus sit, so ist dies eine ungenaue Fassung. Denn bei Gai. Inst. Comm. IV. §. 116. lautet die Stelle: si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus. Man kann daher nicht quellenmäßig von einem Creditum durch Stipulation sprechen.

133) L. 9. D. 19. 5.

134) L. 8. C. IV. 64. L. 9. 22. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) Vgl. den Artikel Modus Bd. VII, S. 223 flg.

135) Fest. h. v.

136) L. 76. D. 23. 3. Auch kommt die stipulatio mortis causa vor in L. 18. 24. 34. D. 39. 6. L. 11. D. 33. 4. Vgl. auch Liebe a. a. O. S. 384—400.

hier überhaupt einen Umstand von vermögensrechtlichem Interesse [137]). c) Die promissio dotis hat ebenfalls eine causa futura, nämlich ut maritus onera matrimonii sustineat, bezüglich, daß er die dos nach getrennter Ehe zurückgebe. Ebenso kann eine acceptilatio, delegatio, remissio debiti dotis causa erfolgen. Wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, so wird die promissio gleich der datio dotis coordinirt: quasi ob rem datam re non secuta a sponso condicetur [138]). d) Zahlt Jemand eine Schuld an einen negotiorum gestor, so bezweckt er, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht aufgebe, was erfolgt, wenn der Gläubiger ratihabirt; hier ist die Aussicht auf Ratihabition causa futura; bis sie erfolgt, findet wegen causa non secuta eine Condiction statt [139]). Dasselbe findet statt, wenn an einen falsus procurator gezahlt ist [140]). e) Ist Jemand unter der Bedingung, einem Anderen 100 zu geben, zum Erben eingesetzt, so ist das Geben dieser 100 datum ob causam, nämlich in der Absicht, künftig die Erbschaft zu erwerben [141]). Auch diese causa futura kann für eine promissio vorkommen. f) Conferirt Jemand 100, weil er die Absicht hat, seinen Erbtheil zu erwerben, so ist dies datio oder promissio ex causa futura [142]). g) In einer Stelle [143]) spricht Paulus von einem datum (promissum) propter conditionem zum Unterschiede von datum ob causam. Obwohl an sich die Beifügung einer Bedingung mit der causa nichts gemein hat, so kann doch eine Verbindung zwischen beiden entstehen, wenn die causa als Bedingung in die Stipulationsformel gesetzt wird; so zunächst eine causa praeterita, namentlich bei den Pönalstipulationen; aber auch eine causa futura [144]). Der Unterschied, ob die causa futura als Bedingung gestellt wird oder einfach als causa im Hintergrunde liegt, zeigt sich praktisch darin, daß dort ein Klagrecht aus der promissio erst mit eingetretener Bedingung entsteht, hier sogleich, jedoch mit Vorbehalt einer condictio ob causam non secutam. Bisweilen wird jedoch ob conditionem dare geradezu für ob causam dare gebraucht [145]). h) Die datio und promissio transactionis causa gehört ebenfalls hierher. Wer auf Grund eines Vergleiches promittirt, handelt nach der Formel do ut facias oder ut non facias. Die causa futura ist, wenn eine Gegenleistung bedungen ist, diese, in jedem Falle aber, ut a lite discedatur, d. h. für den Kläger, um nicht klagen zu müssen, für den Beklagten, um nicht belangt zu

---

137) Darauf macht Paulus aufmerksam in L. 35. §. 3. D. 39. 6.
138) L. 9. pr. L. 6. 7. D. 12. 4.
139) L. 58. pr. D. 46. 3.
140) L. 14. D. 12. 4. Ein analoges Beispiel einer promissio enthält L. 46. D. 23. 3.
141) L. 1. 2. D. 12. 4.
142) L. 3. §. 5. D. 37. 6.
143) L. 65. D. 12. 6.
144) L. 19. §. 5. 6. D. 39. 5.
145) L. 2. §. 7. D. 39. 5.

werden[146]). Bisweilen wird die promissio transactionis causa als besonderer Fall der futura causa ausgezeichnet[147]), daher auch die Erreichung dieses Zweckes als causa secuta bezeichnet und umgekehrt[148]). Unterschieden davon ist der Fall, wenn ich einen Vergleich auf gegenseitige Leistungen geschlossen, mein Versprechen erfüllt habe und nun vom Gegner mir die Gegenleistung stipulire. Dieser war im Augenblicke der Stipulation schon aus dem Innominatcontracte (dederam ut daret) verpflichtet, seine promissio ist ex antecedente causa. Dies führt i) zu dem generellen Princip einer Stipulation aus gegenseitigen Versprechungen. Schließen zwei einen Tauschvertrag und der Eine hat die Sache gegeben und stipulirt dann die Gegenleistung, so erfolgt die Stipulation quasi solvendi causa; ohnehin hätte auf die Gegenleistung mit der actio praescriptis verbis geklagt werden können[149]). Dieser Fall ist hier auszuscheiden, weil er in das Gebiet der antecedens causa gehört. Hat dagegen der Eine noch nicht die Sache gegeben und der Andere promittirt, so geschieht dies nicht solvendi, sondern contrahendi causa. Gäbe der Andere die Sache, statt zu promittiren, so wäre sein Geben ein do ut des, also Vorleistung; eben so ist seine promissio Vorleistung in diesem Falle. Er überträgt dem Gegner ein Forderungsrecht in sein Vermögen, in Erwartung einer Gegenleistung. Die Rechtsmittel, welche aus einem solchen spondeo ut des vel facias entstehen, sind folgende: aa) der Stipulator kann auf die stipulirte Leistung klagen; sind über die beiderseitigen Leistungen Stipulationen erfolgt, so haben beide gleichmäßig diese Klage[150]). bb) Umgekehrt hat der promissor bei außenbleibender Gegenleistung causa non secuta eine Condiction[151]). cc) Da das spondeo ut des vel facias gleichartig mit dem do ut des vel facias erscheint, so fragt es sich, ob nicht die promissio als wirksame causa des Gegenversprechens gelten und der promissor nach der Weise eines Innominatcontractes mit der actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung klagen könne. Dafür scheint die sonstige Gleichstellung des dare und promittere zu sprechen, sowie einzelne Stellen[152]), welche aber doch auch wieder anders verstanden werden können, so daß die Zulässigkeit einer actio praescriptis verbis jedenfalls zweifelhaft bleibt. So viel aber ergiebt sich klar, daß eine promissio aus solchen gegenseitigen Versprechungen als stipulatio ex causa futura behandelt wird. Namentlich ist bekannt, daß wegen eines datum aus einer solchen Verabredung eine condictio ob causam datorum (futuram) stattfindet. Dies kann mit Annahme einer naturalis obligatio nicht vereinigt werden.

---

146) L. 2. C. II. 4.
147) L. 65. D. 12. 6.
148) L. 1. pr. D. 13. 4. L. 23. pr. §. 3. D. 12. 6.
149) L. 4. 6. 34. C. II. 4. L. 9. C. de donat. (VIII. 53. (54.)).
150) L. 4. C. IV. 37.
151) L. 4. C. IV. 6.
152) L. 3. C. IV. 64. L. 9. D. 19. 5.

Wenn eine naturalis obligatio aus dem gegenseitigen Versprechen entstände, so wäre sie causa antecedens und die Stipulation träte zu dieser, sei es novandi causa oder nicht, hinzu. Auch müßte sich eine solche Naturalobligation auf irgend eine Weise, namentlich durch soluti retentio, wirksam zeigen. Hat aber ein Theil erfüllt (dedi ut dares), so steht sogar ein willkürliches ius poenitendi auf Zurückforderung des Gegebenen zu. Daher kann eine Naturalobligation aus jedem pactum nudum nicht angenommen werden. Es sind vielmehr die verschiedenen Klassen von Beredungen, welche durch den Ausdruck pactum bezeichnet werden, zu unterscheiden. Die erste Klasse sind Verabredungen über Begründung selbstständiger Forderungsrechte, wozu sowohl das einseitige pactum donationis, als gegenseitige Versprechungen (dabo, faciam, ut des, facias) gehören. Bei der ersteren läßt sich schon aus anderen Gründen, welche Meyerfeldt zusammengestellt hat, keine Naturalobligation annehmen. Bei der letzteren läßt sie sich mit dem ius poenitendi und mit der Behandlung der Leistung als datum (promissum) ob causum futuram nicht vereinigen. Es entspringt also aus einem solchen pactum gar keine Verbindlichkeit. Die zweite Klasse sind die negativen pacta (pacta de non petendo). Sie sind nicht ohne Wirkung, sondern bringen nach prätorischem Rechte eine exceptio hervor. Ueberhaupt gehört zur Hervorbringung eines solchen negativen Erfolges nicht so viel als positiv zur Begründung einer Obligation. Daher wirkt eine in der Form mangelhafte acceptilatio doch als pactum de non petendo [153]), während eine mangelhafte Stipulation aller Wirkung entbehrt [154]). Die dritte Klasse sind die pacta adiecta, welche sich modificirend an eine schon vorhandene Obligation anschließen und in dieser ihre causa haben. Bei den bonae fidei Contracten werden sie, wenn sie gleichzeitig geschlossen werden, als klagbare Theile des Hauptvertrages angesehen. Selbst bei Stipulationsurkunden mit der Schlußclausel: haec ita recte dari fieri etc. galt schon zu Papinian's Zeit die Regel: pacta in continenti adiecta stipulationi inesse creduntur [155]), wobei es gleichgiltig war, ob die Nebenberedung den feierlichen Worten voranging oder folgte [156]). Sonst sind sie nicht klagbar, aber doch nicht ohne Wirkung [157]). Es muß nämlich unterschieden werden, ob sie blos negativ dem Hauptvertrage derogiren, wo sie als wirksame pacta de non petendo zur zweiten Klasse gehören oder ob sie positiv neue Leistungen hinzufügen, wo sie sich an die erste Klasse anschließen. Auch diese werden durch Stipulation klagbar [158]); doch ist auch hier niemals von einer der Stipulation zum Grunde liegenden Naturalobligation ex pacto antecedente die

153) L. 27. §. 9. D. 2. 14.
154) L. 1. §. 2. D. 45. 1.
155) L. 40. D. 12. 1.
156) L. 27. C. II. 3.
157) L. 72. pr. D. 18. 1.
158) L. 7. C. II. 3.

Rede[159]). Bei dem Vergleiche treffen die Wirkungen eines positiven und negativen pactum regelmäßig zusammen. Wenn dabei gegenseitige Leistungen stipulirt sind und die eine Leistung wird erfüllt oder stipulirt, so entsteht daraus bald eine actio praescriptis verbis, bald eine condictio „causa non secuta". Aber auch ohne das enthält der Vergleich ein negatives Moment, pactum de non petendo. Daher ist der Vergleich auch ohne concurrirende datio oder promissio durch exceptio wirksam[160]; daher kann das datum ob transactionem nicht ohne weiteres condicirt werden, weil der Zweck, ut a lite discedatur, praktisch erreicht ist, so lange gegen die Klage des Gegners eine exceptio pacti Schutz gewährt; es ist also causa secuta, sobald nicht besondere Umstände eintreten[161]). Die Grundeintheilung ist also, daß Verträge entweder eine Obligation begründen oder einer begründeten derogiren sollen. Pactum schlechthin bedeutet bei den Römern nur die letztere Klasse der pacta de non petendo und bei der exceptio pacti wird nur an ein solches pactum gedacht. Eine gegenseitige Zusicherung heißt nie pactum, sondern könnte nur durch pacta bezeichnet werden, da jedes Versprechen ein besonderes pactum bildet. Ein sich an eine sinnlich erkennbare causa anknüpfendes pactum heißt nicht mehr nudum pactum, sondern geht in ein negotium über[162]). Mit diesen Voraussetzungen erklärt sich die bekannte Stelle Ulpian's, L. 7. D. 2. 14.: Iuris gentium conventionis quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Es wird hier nicht gefragt, ob Civil- oder Naturalobligation entstehe, sondern ob und welche Rechtsmittel. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, veluti emtio venditio etc. Die klagbaren Conventionen heißen also nicht mehr pacta, sondern contractus (qui consensu fiunt). Hierzu kommt noch eine Erweiterung: Sed et si in alium contractum res non abeat, subsit tamen causa, esse obligationem, utputa dedi tibi rem, ut aliam dares etc. Mit den hier gemeinten unbenannten Contracten ist die positive Function der conventiones erschöpft. Andere conventiones können als bloße pacta keine Obligation begründen, sondern nur einer Obligation derogiren: Sed cum nulla subest causa propter (lies praeter) conventionem, hic constat, non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Das pactum dient also nicht dazu, Obligationen zu constituiren, sondern um Obligationen unwirksam zu machen, parit excep-

---

159) Eine Ausnahme macht das pactum über Zinsen. L. 3. C. IV. 32. (Vgl. auch L. 4. 22. C. IV. 32. L. 5. §. 2. D. 46. 3.) Allein auch hier ist es zweifelhaft, ob der Nachdruck auf usurae oder auf pactum liegt, d. h. ob die retentio Folge der Naturalobligation aus dem pactum ist oder ob nicht überhaupt Folge der Natur der Zinsen. L. 26. pr. D. 12. 6.

160) L. 6. C. de solut. (VIII. 42. (43.)). L. 21. C. II. 3. L. 11. C. IV. 30. L. 6. C. I. 18. L. 34. C. II. 4.

161) L. 23. §. 3. D. 12. 6. L. 28. C. II. 4.

162) L. 15. D. 19. 5.

tionem sc. pacti. Es giebt keine actio pacti, sondern nur eine exceptio pacti[163]). Diese grammatisch und logisch zulässige Erklärung beseitigt den unauflöslichen Widerspruch, in welchen man durch Annahme einer Naturalobligation aus dem nudum pactum als solchem geräth. Nur auf diese Stelle wird die Annahme einer solchen gestützt. Von einer Entstehung einer Naturalobligation aus dem nudum pactum an sich ist sonst nirgends die Rede. Die Worte der angeführten Stelle: nudum pactum parit exceptionem, beweisen ebensowenig, daß jedes pactum eine exceptio erzeuge, als daß diese exceptio gerade Folge einer Naturalobligation sei. Es enthält diese Annahme vielmehr eigentlich eine petitio principii, indem die angeblich technische Bezeichnung der Naturalobligation durch das parit exceptionem erst aus dieser Stelle selbst gefolgert wird. — Das Resultat auf dem Gebiete der Stipulation mit causa futura ist folgendes. Das Merkmal der Stipulation mit causa futura ist die Statthaftigkeit der condictio causa data causa non secuta, wenn der beabsichtigte rechtliche Erfolg nicht eingetreten ist. In manchen Fällen, wenn die causa futura den Charakter einer wirklichen Gegenleistung an sich trägt, haben, obwohl sich dies mit Sicherheit nicht erweisen läßt, die römischen Juristen dieses spondeo ut aliquid fiat nach dem Müster der unbenannten Contracte behandelt und eine actio praescriptis verbis gestattet. Allen Fällen der causa futura ist aber das gemeinsame, daß eine bereits bestehende Obligation hier nicht vorausging, daß also nicht zwei Obligationen, wie bei der Stipulation ex antecedente causa vorhanden sind, sondern daß durch die Stipulation als Vorleistung gewissermaßen erst contrahirt wird, also una obligatio vorhanden ist. Am interessantesten ist die Anwendung dieser Grundsätze k) bei dem Darlehen. Der Stipulation kann, wie schon bemerkt wurde, ein mutuum als causa antecedens vorangehen. Sowie bei einem zum Grunde liegenden wirklichen Kaufe doch die Mancipation symbolisch angewendet wurde, wie neben wirklicher Zahlung eine imaginaria solutio durch aes et libra vorkommt[164]), so ist es möglich, daß dem fingirten creditum durch Stipulation auch eine wirkliche Darlehensschuld zum Grunde liege. War das Darlehen gezahlt und also obligatio re contracta schon vorhanden und der Gläubiger stipulirt sich dann die Zurückzahlung, so tritt zu dieser selbstständigen Obligation als causa antecedens die Stipulation als zweite Obligation hinzu[165]). Geschieht die Stipulation novandi animo, so liegt darin ein Austausch eines bestehenden Forderungsrechtes ex numeratione gegen ein Forderungsrecht ex stipulatu. Dieser Fall kann indessen wegen der selbstständigen Bedeutung der Stipulation auch ganz anders behandelt werden, in der

163) Ein Beispiel dieses Gegensatzes giebt L. 41. D. 2. 14.

164) Liv. VI. 14. Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit.

165) L. 9. §. 4. D. 12. 1.

Art, daß, sobald ein Darlehensgeschäft beabsichtigt wird, auch der künftige debitor mit der Stipulation den Anfang machen kann [166]). Eine solche Stipulation ist giltig und sogleich wirksam, weil sie ihre causa (fingirtes creditum) in sich trägt [167]). Erst durch doli exceptio macht sich die im Hintergrunde liegende causa geltend [168]). Nach unserer jetzigen Ansicht würde das Versprechen ein übereiltes sein; allein nach römischer Anschauung ist dies nicht der Fall: iustam causam promittendi habuit. Erst wenn die Zahlung nicht erfolgt und der Stipulator doch klagt, handelt er dolos, weil zwar certa fuit causa stipulationis, quae tamen non secuta est. Es wird also dieser Fall bei den Römern als promissio ex causa futura behandelt. Der promissor nämlich begründet ein Forderungsrecht, um von dem Anderen eine Darlehenssumme als Eigenthum zu erhalten (spondeo ut des). Es wird Austausch einer Obligation gegen Eigenthum beabsichtigt, und dieser Austausch bildet Ein Geschäft, unum contractum, unam obligationem. Bis zur Zahlung der Valuta kann die Stipulation durch eine condictio causa data causa non secuta oder durch eine exceptio doli unwirksam gemacht werden. Erfolgt die Zahlung, so ist nun causa secuta; eine Anfechtung der Stipulation wegen Mangels der causa futura ist nicht mehr zulässig. Insofern dient die Zahlung zur Erfüllung der Stipulation [169]). Der Schuldner ist und bleibt nur aus der verborum obligatio verpflichtet, es tritt nicht etwa zur verborum obligatio eine zweite obligatio re contracta hinzu. Vielmehr absorbirt die Stipulation den Realcontract und nimmt ihn als causa in sich auf. Hier stoßen aber im gewöhnlichen Leben das Gebiet der causa antecedens und futura aneinander. Jedem Theile ist nämlich bei einem solchen Geschäfte daran gelegen, daß der Andere mit seiner Leistung anfange. Der Gläubiger will nicht gern auszahlen, ehe der Schuldner die Zurückgabe versprochen hat; der Schuldner will vor der Auszahlung durch den Gläubiger nicht gern promittiren. Der Gläubiger wünscht die promissio, der Schuldner die numeratio als Vorleistung. Dadurch werden gewöhnlich beide Acte einander möglichst nahe gerückt und nach der Absicht der Parteien zu einem gleichzeitigen Acte gemacht [170]). Diese Gleichzeitigkeit findet nur dann ein Hinderniß, wenn andere Geschäfte dazwischen gekommen sind. Nach der Strenge müßten freilich zwei Obligationen unterschieden werden, wenn die numeratio auch nur um einen Moment der Stipulation voranging. Allein die Absicht der Parteien entscheidet

166) Beispiele kommen vor in L. 30. D. 12. 1. L. 3. §. 4. L. 6. D. 14. 6. L. 4. D. 20. 3.

167) Gai. Inst. Comm. IV. §. 116.

168) L. 2. §. 3. D. 44. 4.

169) L. 7. D. 46. 2.: implendae stipulationis causa numeratio intelligenda est fieri.

170) Nach der Regel: celeritate inter se coniungendarum actionum unam actionem occultari. L. 3. §. 12. D. 24. 1. Ein ähnliches Beispiel kommt in L. 3. pr. D. 45. 2. vor.

hier für die Gleichzeitigkeit, so daß nur Ein Geschäft angenommen wird[171]). Auch Paulus spricht sich dafür aus[172]), indem er sagt: Nam quoties pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.' Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. Die naturalis obligatio ist hier die Obligation aus der numeratio. Ist diese als selbstständiges Geschäft vorhergegangen, so bildet sie einen Realcontract, zu welchem die Stipulation hinzutritt, während sie dort durch die Stipulation absorbirt wird. Der Fall der gleichzeitigen numeratio schließt sich also dem Falle der futura numeratio insofern an, als in beiden nur Eine Obligation vorhanden ist. Es sind daher nur zwei Hauptfälle zu unterscheiden. Der erste Fall ist, wenn die Darlehenszahlung der Stipulation nicht vorhergeht, mag sie zu gleicher Zeit oder später erfolgen; dann existirt juristisch nur Ein Geschäft, die Stipulation, zu welcher die Zahlung nur als causa ergänzend (implendae stipulationis causa) hinzutritt. Der zweite Fall ist, wenn das Darlehensgeschäft vorhergeht und nachdem es durch die Auszahlung perfect geworden ist, die Stipulation hinzutritt. In diesem Falle sind zwei Geschäfte vorhanden. Geschieht die Stipulation in der Absicht zu noviren, so hebt sich freilich der Realcontract auf. Mangelt diese Absicht, so stehen zwei klagbare Contracte neben einander. Die mutui datio ist nicht nur causa der Stipulation, sondern auch als Realcontract selbstständig klagbar; beide Klagen concurriren. Die Absicht der Parteien entscheidet darüber, ob der eine oder andere dieser beiden Hauptfälle eintritt; es kommt darauf an, ob sie sich das Darlehensgeschäft bei Eingehung der Stipulation schon perfect denken oder nicht. — Doli exceptio wegen mangelhafter causa[173]). Die Stipulation begründet ein Forderungsrecht, ohne daß es der Ermittelung der äußeren Umstände der Verpflichtung bedarf. Gleichgiltig war nach dem strengen Civilrechte, ob ein Consensualcontract, ein Realcontract oder eine andere Obligation, eine Schenkung oder eine causa futura im Hintergrunde lag; ob von Anfang an eine causa fehlte oder die causa nicht rechtsbeständig war oder eine irrige Voraussetzung obwaltete oder die erwartete causa ausblieb; das strenge Civilrecht nahm auf diese inneren Mängel keine Rücksicht. Allein nach dem prätorischen Rechte wird die aequitas mit dem strengen Rechte durch eine doli exceptio vermittelt, d. h. die Stipulation begründet zwar ein Forderungsrecht, allein wenn es zur Condemnation kommen soll, so wird dasselbe auf Anrufen des Beklagten unwirksam gemacht[174]). Ohne Zweifel beruht das hier zum Grunde liegende Princip auf dem prätorischen Rechte; denn die

171) L. 6. §. 1. L. 7. D. 46. 2.
172) L. 126. §. 2. D. 45. 1.
173) Gneist a. a. O. S. 180—189.
174) Gai. Inst. Comm. IV. §. 116. pr. §. 1. 2. Inst. IV. 13.

Fälle, wo ein civilrechtlicher Satz in die processualische Gestalt einer Einrede gebracht wurde [175]), sind die selteneren. Am allgemeinsten in das Princip von Ulpian ausgesprochen [176]). Auch hier findet sich der Gegensatz einer doli exceptio wegen mangelhafter causa antecedens und wegen causa futura non secuta. Beispiele der ersteren kommen an verschiedenen Stellen vor [177]). Namentlich machen sich Zwang, Betrug und Irrthum, überhaupt die Mängel, an welchen nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft leidet, auf diesem Wege gegen die formelle Kraft der Stipulation geltend. Nur derjenige, welcher wissentlich eine Nichtschuld stipulirt, hat weder die Einrede, noch die Condiction, weil er schenken will [178]). Das Hauptbeispiel einer doli exceptio wegen causa futura non secuta ist: si quis accepturus mutuam pecuniam spoponderit, ein Fall, der als ein Hauptbeispiel der doli exceptio besonders hervorgehoben wird [179]). Die praktische Anwendung wird in manchen Stellen gezeigt [180]); auch die doli exceptio wegen non numerata pecunia theils angedeutet, theils ausdrücklich erwähnt, auch als exceptio doli vel non numeratae pecuniae bezeichnet [181]). Diese exceptio n. n. p. ist ihrem Wesen nach nichts Besonderes. Die doli exceptiones können in factum concipirt werden, wenn der Kläger eine Person ist, welcher der Beklagte Ehrerbietung schuldig ist oder wenn talis ignorantia sit in eo, ut dolo careat [182]). Beide Fassungen stehen in unmittelbarem Zusammenhange. Jede Einrede, welche sonst in factum concipirt zu werden pflegt, kann umgekehrt auch als doli exceptio bezeichnet werden [183]). Die exceptio non num. pecun. erscheint hier also nur als eine doli exceptio in factum concepta, und umgekehrt die doli exceptio als eine allgemein gefaßte exceptio non num. pecun. quia dolo facit, qui pecuniam non numeratam petit. Nirgends findet sich eine Andeutung eines Unterschiedes beider, vielmehr geht aus allen Stellen hervor, daß diese Einrede eine gewöhnliche perpetua exceptio ist. Die doli exceptio wegen mangelhafter causa, sei es praeterita oder futura, ist einer der wichtigsten Fälle der doli exceptio überhaupt. Daß sie in den Pandekten nicht häufiger, im Codex außer dem

175) Gai. l. c. §. 118.

176) L. 2. §. 3. D. 44. 4. Beinahe eben so allgemein von Julian in L. 15. pr. D. 46. 1.

177) L. 5. §. 1. D. 19. 1. L. 7. pr. §. 1. D. 44. 4. L. 15. C. de fideiuss. (VIII. 40. (41.))

178) L. 24. D. 12. 6. L. 47. D. 38. 1.

179) Gai. Inst. Comm. IV. §. 116. L. 2. §. 3. D. 44. 4. Wie die doli exceptio in der Formel gefaßt wurde, zeigt an diesem Falle Gai. l. c. §. 119.

180) L. 4. D. 20. 3.

181) L. 30. D. 12. 1. L. 1. §. 2. D. 45. 3. L. 29. pr. D. 17. 1. Gegen den Vater und den Patron, gegen welche nicht die doli exceptio, sondern eine exceptio in factum entgegengesetzt werden kann, heißt diese Einrede exceptio non numeratae pecuniae. L. 4. §. 16. D. 44. 4.

182) L. 3. §. 5. D. 44. 4.

183) L. 2. §. 5. L. 12. D. 44. 4. L. 10. §. 2. D. 2. 14.

Falle des Darlehens direct gar nicht erwähnt wird, ist aus Folgendem zu erklären: a) war die causa als Bedingung gesetzt worden, z. B. si fundum tradideris, centum dare spondes? so kam die doli exceptio nicht zum Vorschein, weil schon ipso iure nicht eher geklagt werden kann, bis der Eintritt der Bedingung erwiesen wird. Auch wenn eine turpis causa aus der Stipulationsformel hervorging, war diese schon ipso iure nichtig[184]. b) War die Stipulation als specialis gefaßt, z. B. quidquid ex causa emtionis dare facere oportet, so bedurfte es des Einverleibens der doli exceptio nicht, weil der iudex auch ohne dies die Mängel der früheren Obligation bei Abmessung des: quidquid dare facere oportet berücksichtigen durfte. c) Die doli clausula: dolumque malum abesse abfuturumque esse, bewirkte, daß der iudex jene doli exceptio auch dann berücksichtigen mußte, wenn sie nicht in der Formel stand. Es entstand daraus überdies eine actio ex stipulatu auf das Interesse[185]. Selbst Respectspersonen gegenüber war die Caution wegen dolus zulässig[186]. Diesen Anspruch auf das Interesse mußte der iudex natürlich in iudicio berücksichtigen, wodurch das iudicium zweiseitig wurde, wie die bonae fidei iudicia. Nur wenn die doli clausula fehlte, bedurfte es einer ausdrücklichen in die Formel aufgenommenen doli exceptio[187]. d) Auch wenn die doli clausula fehlte, konnte die in den Stipulationsformularen übliche Clausel recte (dari fieri) eine gleichartige, sich den iudica bonae fidei annähernde Wirkung hervorbringen[188]. Eine ausdrückliche Erwähnung der doli exceptio in der Formel war also nur da nöthig und üblich, wo eine stipulatio vulgaris ohne die übliche doli clausula und ohne den Zusatz recte, probe, auf ein einfaches centum dare spondes ging. Am häufigsten war dies beim Gelddarlehen, und daher wird die doli exceptio so häufig bei diesem erwähnt. — Condictio wegen mangelhafter causa[189]. Neben der doli exceptio steht eine condictio. Weil der promissor, von seinem Gegner verklagt, sich durch Einrede hätte schützen können, aber deshalb kann er consequenter Weise eine geleistete Zahlung wegen mangelhafter causa condiciren: repetit, exigi enim ab eo non potuit[190]. Daher rührt die bekannte Regel: exceptio perpetua parit condictionem[191]. So lange nicht gezahlt ist, ist der promissor zwar durch die doli exceptio gesichert und könnte die Klage abwarten. Er braucht sich aber dabei nicht zu beruhigen. Denn ungeachtet der Einrede steht dem Gegner nach Civil-

---

184) L. 26. D. 45. 1.
185) L. 3. C. de recept. (II. 55. (56.))
186) L. 4. §. 16. D. (44. 4.)
187) L. 31. D. 4. 8.
188) L. 73. D. 50. 16. Aehnliche Wirkung hatten die Ausdrücke fide, probe. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. V, S. 495—498.
189) Gneist a. a. O. S. 189—198.
190) L. 52. D. 24. 3.
191) L. 26. §. 7. D. 12. 6.

rechte ein Forderungsrecht zu; derselbe ist sine causa dadurch bereichert und auf Entziehung dieser Bereicherung geht eben die condictio [192]). Die Condiction geht auf Liberation, daher condicere liberationem, obligationem, condictio liberationis, welche Ausdrücke sehr häufig und synonym vorkommen [193]). Sie gehört, weil sie auf ein dare facere geht, zu den condictiones incerti; hingegen die Rückforderung des Gezahlten wird mit einer condictio certi verlangt [194]). Die Mangelhaftigkeit der causa wird hier, wie bei der doli exceptio, allgemein durch sine causa bezeichnet. Auch hier zeigt sich der Dualismus der causa antecedens und futura. Die causa finita ist kein Gegensatz beider, weil bei beiden ein nachträgliches Wegfallen möglich ist [195]). a) Die condictio wegen mangelnder causa antecedens heißt condictio indebiti, auch wohl allgemein sine causa [196]). b) Die condictio wegen einer causa futura non secuta heißt condictio ab causam datorum, in der Rubrik des einschlagenden Digestentitels condictio causa data causa non secuta; die allgemeine condictio sine causa begreift aber auch diesen Fall [197]). Zuweilen wird diese condictio der ex antecedente causa bestimmt entgegengesetzt [198]). Wegen der in beiden Fällen praktisch gleichen Wirkung der Condiction wird aber von den römischen Juristen selbst wenig Gewicht darauf gelegt [199]), vielmehr häufiger die innere Beschaffenheit des Mangels in Betracht gezogen. Dadurch entstehen abstractere Bezeichnungen [200]), welche die Fälle mitbegreifen, in welchen aus besonderen Gründen auch ein datum und promissum donandi causa condicirt wird [201]). Die Begriffe sine causa, iniusta, falsa, turpis causa bilden eine Reihe materieller Grundsätze über Mangelhaftigkeit der causa, besonders über den Einfluß des Irrthums bei Vermögenszuwendungen, welche weniger bei der doli exceptio als bei den Condictionen vorgetragen werden. Voraussetzung aller dieser

---

192) Am allgemeinsten spricht diesen Grundsatz aus Julian in L. 3. D. 12. 7. Der bestimmte Causalzusammenhang dieser Condiction mit der doli exceptio wegen mangelhafter causa ergiebt sich aus L. 9. §. 1. D. 12. 4. L. 7. §. 1. D. 44. 4. L. 2. §. 4. D. 39. 5. sowie aus der Wendung: tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur. L. 7. §. 1. D. 44. 4. L. 15. C. de fideiuss. (VIII. 40. (41.))

193) Condicere liberationem L. 1. pr. D. 36. 4., condicere obligationem L. 1. pr. D. 12. 7. incerti condictione consequi, ut liberentur L. 5. §. 1. D. 19. 1. L. 24. D. 12. 6. condictio liberationis L. 1. C. II. 5., incerti condictione compellere, ut acceptam faciat stipulationem. L. 2. §. 3. 4. D. 39. 5.

194) L. 12. D. 46. 2.

195) Beispiele der causa finita kommen vor in L. 1. §. 2. L. 2. 3. pr. §. 1. D. 12. 4. L. 1. 2. D. 12. 7. L. 26. §. 7. D. 12. 6. L. 11. §. 6. D. 19. 1. L. 23. pr. D. 12. 6.

196) Beispiele sind: L. 31. D. 12. 6. L. 15. C. de fideiuss. (VIII. 40. (41.)) L. 2. C. IV. 5.

197) L. 1. D. 12. 7.

198) L. 14. D. 12. 4.

199) L. 4. D. 12. 7.

200) Z. B. L. 54. D. 12. 6.

201) L. 6. D. 24. 1.

Condictionen ist eine Vermögenszuwendung. Als Zuwendung (id quod ad alium pervenit) gilt das promissum sowohl als das datum. Hier wird eine Sache, dort ein Forderungsrecht in das Vermögen des anderen Theiles übertragen: habetur enim, quod peti potest. So werden auch sonst Vermögenserwerb durch Tradition und Stipulation neben einander gestellt[202]); das stipulari wird ausdrücklich als augere bona (durch Hinzukommen eines Forderungsrechtes), das promittere als ein deminuere bona bezeichnet[203]); daher wird auch die promissio mit der solutio verglichen[204]), und von den römischen Juristen mit durchgehender Consequenz das datum und promissum aus einer mangelhaften causa parallelisirt. Auch wird hieran eine theoretische Eintheilung der Condictionen von den römischen Juristen selbst geknüpft[205]). In allen Titeln von den Condictionen wird ziemlich ohne Unterschied von dem „sine causa" promissum, datum oder solutum gehandelt. Seit der namentlich in der Kaiserzeit sehr gewöhnlichen schriftlichen Fassung der Stipulationen wird die condictio eines datum mit der condictio einer Stipulationsurkunde häufig verglichen[206]). — Beweislast bei der condictio und doli exceptio[207]). Die als umfassendste und interessanteste Stelle über die Beweislast so berühmte L. 25. D. 22. 3.[208]) aus des Paulus lib. III. Quaestionum kann nur in Verbindung mit dem hier Vorhergegangenen richtig verstanden werden. Der Jurist stellt bei der Frage über die Beweislast bei einem indebitum als Grundprincip voran, daß, wenn die Zahlung feststeht, der Empfänger aber behauptet: dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, dann der Zahlende die Nichtschuld beweisen müsse: quod per dolum accipientis vel per aliam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum. Der §. 1 macht gewisse Ausnahmen zu Gunsten der Unmündigen, Minderjährigen, Soldaten, Frauenspersonen und homines rustici. Der §. 3 enthält eine fernere Modification. Wenn nämlich der Zahlende nicht von der ganzen gezahlten Summe, sondern nur von einem Theile derselben die Nichtschuld behauptet oder behauptet, daß von Anfang an die Schuld existirt habe, er aber nach deren Bezahlung, aus Unkenntniß damit, noch einmal gezahlt habe oder daß er, obgleich durch eine exceptio geschützt, aus Irrthum gezahlt habe, so muß er beweisen, daß er ent-

---

202) L. 10. §. 1. D. 41. 1. L. 6. D. 55. 1.

203) L. 32. pr. D. 35. 2.

204) L. 31. D. 46. 2. Seneca, de benef. VI. 5.

205) L. 1. pr. D. 12. 7. L. 76. D. 23. 3. L. 8. §. 3. D. 16. 1.

206) L. 3. C. IV. 5. Die Erwähnung der doli exceptio hier beweist, daß die scriptura interposita eine cautio mit der Stipulationsformel ist. L. 36. pr. §. 2. C. de donat. (VIII. 53. (54.)) L. 5. C. IV. 7. L. 4. C. IV. 5. Auch in diesen Stellen sowie in vielen ähnlichen, deutet der Ausdruck cautio, cavere, auf eine Stipulationsurkunde, z. B. in L. 31. D. 12. 6. L. 4. C. IV. 6. L. 5. C. IV. 7.

207) Gneist a. a. O. S. 198—219.

208) Vgl. über diese Stelle Gneist a. a. O. S. 198—209.

weder mehr, als er schuldig war, bezahlt oder die schon gezahlte Schuld aus Irrthum noch einmal bezahlt habe. Nach §. 3 kann in allen diesen Fällen der Beweis auch durch Eidesantrag geführt werden. Dann beginnt §. 4 mit folgendem Uebergange: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. Diese Stelle ist für wichtige Lehren des Civilrechtes von großem Einfluß gewesen. Erstlich hat man daraus den Begriff und die Grundsätze bei gewissen Schuldscheinen, cautiones indiscretae, deren Bezeichnung aus dieser Stelle entnommen ist, hergeleitet und daran eine Reihe der wichtigsten Grundsätze über den sogenannten Rechtsgrund bei Obligationen geknüpft. Zweitens ist von Manchen, namentlich neuerlich von Gropp[209]), auf diese Stelle die Existenz eines Literalcontractes durch Schuldscheine begründet worden. Die Stelle ist aber zu beiden Zwecken unbrauchbar, insbesondre wird die ganze so scharfsinnige Ausführung von Gropp hinfällig, wenn cautio hier nicht einen gewöhnlichen Schuldschein, sondern eine Stipulation oder genauer eine schriftliche Stipulation bedeutet. Für letztere Bedeutung entscheiden folgende Gründe: a) der den römischen Juristen geläufige Uebergang von der condictio eines indebite datum zu der eines indebite promissum, welcher auch hier zum Grunde liegt. Der Jurist will überhaupt von der condictio indebiti (dati und promissi) handeln: Cum de indebito quaeritur etc. Hierauf theilt sich die ganze Abhandlung in zwei Abschnitte; der erste (pr. bis zu §. 3) handelt vom indebite datum und schließt mit den Worten: sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Der zweite Abschnitt handelt von dem indebite cautum oder promissum und beginnt mit den Worten: Sin vero cautio indebite exposita esse dicatur. Es ist offenbar derselbe Gedankengang wie in anderen Stellen[210]). Ohne dies wäre der Uebergang auffallend. Es ist nicht zu begreifen, wie der Jurist von der Frage über die Beweislast bei der condictio indebiti auf die Beweiskraft eines gewöhnlichen Schuldscheines käme. Im §. 3 wird ausdrücklich die Zulässigkeit der Eidesdelation erwähnt, offenbar im Gegensatze des §. 4, wo Gegenbeweis nur durch Schrift zugelassen wird. Ohne die Annahme, daß cautio hier eine schriftliche Stipulation bezeichnet, könnte logischer Zusammenhang in die Stelle nur dadurch gebracht werden, daß man mit Gropp annähme, der Schuldschein bringe als Formalcontract ein

---

209) In Heise und Gropp, jurist. Abhandl. Bd. I. Nr. 18, S. 325—386.

210) L. 3. 4. C. IV. 5.

Forderungsrecht hervor, welches mit dem indebite datum coordinirt und mit einer condictio indebiti aufgehoben werde, eine Annahme, die aber aus früher angegebenen Gründen unzulässig ist. b) Für die hier angenommene Ansicht spricht der Sprachgebrauch, nach welchem cautio als Bezeichnung einer (mündlichen oder schriftlichen) Stipulation ganz geläufig ist[211]). Paulus nahm bei dem Falle des indebite promissum sogleich auf schriftliche Stipulationen deshalb Rücksicht, weil der Gebrauch derselben sehr häufig war und weil dies der schwierigere Fall war, der besonders eine genauere Erörterung der Beweislast verlangte. c) Ferner sprechen dafür eine Reihe von Wendungen in der Stelle. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, kann blos ein indebite promittere bezeichnen, weil, wenn die Schrift nur zum Beweise, nicht zur Begründung einer Obligation dient (das Gegentheil soll erst aus dieser Stelle erwiesen werden), von einer indebite geschehenen Ausstellung der Schrift nicht die Rede sein kann. Nachher heißt es: debitum esse, quod in cautionem deduxit. Debitum in stipulatum deducere ist eine durchaus technische Verbindung; ebenso in cautionem deducere, namentlich wo von einem debitum in cautionem deducere gesprochen wird[212]). Entscheidend ist endlich der Schluß der Stelle, wo mit dem früheren Ausdrucke ostendere debitum esse, quod in cautionem deduxit, synonym gebraucht wird: ostendere sese haec indebite promisisse. Wenn auch promittere bisweilen unbestimmt für formlose Versprechen gebraucht wird, so ist es doch der technische Ausdruck für durch Stipulation versprechen, und namentlich indebite promittere kann in der juristischen Sprache nichts Anderes als eine Stipulation bezeichnen[213]). d) Für die hier angenommene Ansicht spricht die Vergleichung der L. 25. §. 4. D. 22. 3. mit L. 13. C. IV. 13. einer Constitution Justin's, welche Stellen augenscheinlich mit einander verwandt sind[214]). Man hat wohl auch behauptet, daß erstere Stelle aus letzterer interpolirt worden sei[214a]). Ueberhaupt ist die Echtheit der L. 25. D. 22. 3. von jeher vielfach bezweifelt worden, sowie es nicht an Schriftstellern gefehlt hat, welche ihre Echtheit vertheidigt haben[215]). Es kommen allerdings mehrere

---

211) Vgl. L. 31. D. 12. 6. L. 4. C. IV. 6. L. 5. C. IV. 7. L. 15. C. de novat. (VIII. 41. (42.)) Ein Formular einer solchen cautio giebt L. 40. D. 12. 1.

212) In stipulationem deducere L. 8. 29. D. 46. 2. L. 4. D. 22. 1. L. 24. D. 19. 5. L. 122. §. 5. L. 125. D. 45. 1. L. 26. §. 1. L. 62. D. 12. 6. L. 17. D. 42. 5. Gai. Inst. Comm. III. §. 170. L. 11. C. II. 3. L. 4. C. de inutil. stipul. (VIII. 38. (39.)) Diesem entsprechend kommt in cautionem deducere vor in L. 2. C. IV. 32. L. 15 C. de novat. (VIII. 40. (41.)) L. 95. §. 2. D. 35. 2.

213) So kommt indebitam pecuniam promittere in diesem Sinne vor z. B. L. 47. pr. D. 12. 6. L. 2. C. IV. 5.

214) Vgl. die Zusammenstellung beider bei Gneist a. a. O. S. 204.

214a) Cropp a. a. O. S. 350. Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 264, 265.

215) Die Schriftsteller für und gegen die Echtheit führt auf Gneist a. a. O. S. 205, N. 3. Er selbst vertheidigt die Echtheit. Dagegen haben neuerdings

verdächtige Wendungen und Worte vor, welche zum Theile Gräcismen enthalten und die durchgängige Echtheit bezweifeln lassen. Es wäre aber ohne Beispiel, daß eine Stelle, welche sich als Excerpt aus einer Schrift des Paulus ankündigt, gar keinen echten Kern enthalten und daß die Compilatoren nur diese Rubrik gewählt haben sollten, um ihre eigenen Ansichten über die Beweislast darzulegen und den Tribonian als Paulus reden zu lassen. Auch finden sich längere Sätze, welche in Form und Inhalt entschieden das Gepräge der classischen Jurisprudenz an sich tragen. Namentlich gilt dies von §. 4 der L. 25. D. 22. 3.[216]). Noch weniger als die Wortfassung giebt der Inhalt des §. 4 der gedachten Stelle Veranlassung, denselben für unecht zu halten. Sowohl L. 25. §. 4. D. 22. 3. als L. 13. C. IV. 30. stimmen darin überein, daß der Stipulator, wenn er in der cautio die causa stipulationis anerkannt hat, an sein Geständniß gebunden sei. Sie weichen aber darin ab, daß Paulus den Stipulationsurkunden allgemein Beweiskraft beilegt, Justin dagegen nur solchen, welche das Bekenntniß einer causa antecedens enthalten. Dieser Unterschied hat folgende Bewandniß. Das Pandektenrecht enthält noch keine Spur des Institutes der einjährigen, später fünfjährigen, querela non numeratae pecuniae gegen Stipulationsurkunden und die Stelle des Paulus steht damit sogar im Widerspruche. Gerade bei den am häufigsten vorkommenden Stipulationsurkunden, denen, welchen ein Darlehensgeschäft zum Grunde liegt, ist der Satz des Paulus zur Zeit Justin's nicht wahr: quod eum, qui causas explanavit, pro quibus cautionem conscripsit, stare oportet suae confessioni. Wollte also Justin den Satz des Paulus für seine Zeit berichtigen, so mußte er denselben auf cautiones, welche die antecedens causa enthalten, beschränken, im Gegensatze der cautiones über ein Darlehen. Unter diesen Umständen kann nur Justin die Stelle des Paulus vor Augen gehabt haben, nicht aber können umgekehrt die Compilatoren diese aus Justin's Constitution interpolirt haben, weil die Interpolation mehr als gedankenlos wäre, indem dann die Compilatoren bei ihrer Interpolation gerade das entscheidende Wort: antecedens causa weggelassen und eine Stelle des Paulus so interpolirt haben müßten, wie sie für das neuere Recht nicht paßt. Zu den Gründen für die Echtheit der L. 25. D. 22. 3. und namentlich des §. 4 dieser Stelle tritt noch hinzu, daß Dorotheus, ein Mitarbeiter an den Digesten, in seinem, eine beinahe wörtliche Uebersetzung dieser Stelle enthaltenden, index oder ἑρμηνεία, welcher in den älteren Basilikenscholien enthalten ist[217]), nicht die mindeste

---

sie wieder bestritten Windscheid, Lehre von der Voraussetzung S. 192—202. Rudorff zu Puchta Pandekten §. 257. Vorlesungen §. 257. Savigny a. a. O.

216) Gneist a. a. O. S. 206, 207 weist dies im Einzelnen nach.

217) Sch. Θεοδώρου Basil. T. II. p. 476. ed. Heimb. Statt Θεοδώρου muß es heißen Δωροθέου. Denn Theodorus hat über die Digesten nichts

Andeutung davon giebt, daß die Stelle früher anders gelautet habe und Interpolationen vorgekommen seien, was er, da er auch Mitarbeiter an der zweiten Ausgabe des Codex war[218]), zu bemerken nicht unterlassen haben würde. — Was die Beweislast bei der condictio und doli exceptio anlangt[219]), so unterscheidet Paulus in der erwähnten Stelle zwei Hauptfälle: a) wenn die schriftliche Stipulation zugleich ein Bekenntniß des promissor über die ihr zum Grunde liegende causa enthält: si is, qui cautionem exposuit, specialiter causas explanavit, pro quibus eam conscripsit; wo er dann an sein Bekenntniß gebunden sei; b) wenn die cautio indiscrete lautet, welcher Ausdruck seine Bedeutung durch den Gegensatz erhält und den Fall enthält, wenn die schriftliche Stipulation als vulgaris einfach auf ein dare oder dare facere spondes lautet, also: si promissor causas non explanavit, pro quibus cautionem conscripsit; dann habe der Gegner zu erweisen, daß er das in der cautio Enthaltene auch wirklich zu fordern habe. Hieraus folgt der Satz, daß bei jeder Klage aus einer Stipulation der promissor den Gläubiger nöthigen kann, das Vorhandensein einer causa stipulationis nachzuweisen. Die processualische Geltendmachung dieses Rechtes ist auf zwei Wegen möglich; entweder stellt der promissor eine condictio auf Liberation an oder er wartet die Klage des Stipulators ab und schützt sich dagegen mit einer doli exceptio. Paulus handelte im dritten Buche der Quästionen von den Condictionen[220]). In den Anfangsworten der Stelle: Cum de indebito quaeritur, quis probare debeat, sind aber offenbar beide Fälle begriffen. Sollte aber auch wirklich nur von der Condiction die Rede sein, so müßte der promissor, sowie er als Kläger vom Gegner den Beweis der causa erzwingen kann, auch als Beklagter bei der doli exceptio den Gegner zu diesem Beweise nöthigen können. Lautet also der Schuldschein indiscrete, so muß der Stipulator eine gehörige causa nachweisen. Dasselbe muß gelten, wenn gar kein Schuldschein ausgestellt ist. Die Lage des Gläubigers, welcher eine cautio indiscreta hat, kann nicht schlechter sein als wenn er gar keinen Schuldschein hätte. Umgekehrt, wenn der promissor in der Urkunde die causa ausgedrückt hat, hat er zwar nachzuweisen, daß die promissio eine indebite oder sine causa geschehene sei, aber nicht wegen ihn überhaupt treffender Beweislast, sondern weil er an sein Bekenntniß gebunden ist. Den Stipulator trifft also allgemein die Beweislast. Dagegen kann kein Bedenken daraus entlehnt werden, daß in der fraglichen Stelle nur von der condictio (exceptio) indebiti gehandelt werden soll, also nur von dem Falle einer der Stipulation zum Grunde

---

geschrieben. Vgl. Zachariae, Anecd. p. XL. und derselbe in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. v. 1844 S. 809.

218) Const. Cordi nobis est §. 2.

219) Gneist a. a. O. S. 209—219.

220) Wie L. 21. 60. D. 12. 6. L. 84. D. 50. 17. zeigen. Auch im 4. Buche der Quästionen handelte er davon. S. L. 10. D. 13. 4.

liegenden causa antecedens. Nach der Lehre des Paulus aber ist der promissor an sein Bekenntniß gebunden, si causas (d. h. also sowohl eine antecedens als futura) explanavit, pro quibus cautionem conscripsit. Auch praktische Gründe entscheiden für die allgemeine Giltigkeit dieses Satzes, weil es einer cautio indiscreta nicht angesehen werden kann, ob ihr eine causa antecedens oder futura oder donandi causa zum Grunde liegt. Deshalb muß in allen diesen Fällen von der Beweislast dasselbe gelten. Für die Allgemeinheit dieses Satzes spricht ferner theils die Fassung der römischen Stipulationsurkunden, theils das Institut der querela non numeratae pecuniae. Die in und außer den Rechtsquellen erhaltenen Formulare von Stipulationsurkunden enthalten ohne Ausnahme ein specielles Bekenntniß des promissor über das der Stipulation zum Grunde liegende Geschäft, was keinen Sinn haben würde, wenn nicht dem Stipulator der Beweis des Vorhandenseins einer causa obläge. Läge dem promissor der Beweis des Mangels einer causa ob, so wäre sein Bekenntniß nicht nur überflüssig, sondern die Nichterwähnung der causa in der Stipulationsurkunde läge offenbar im Interesse des Gläubigers, welcher sich hüten würde, eine solche Urkunde vom Schuldner anzunehmen, da ihn eine cautio indiscreta weit leichter zum Ziele führt. Ferner findet unbestritten gegen Stipulationsurkunden über Darlehensgeschäfte binnen 2 Jahren (früher binnen 5 Jahren) die querela non numeratae pecuniae statt[221]). Es kann also der Stipulator, welcher sich vom Schuldner noch der Sicherheit wegen ein Empfangsbekenntniß ausstellen läßt, jeden Augenblick durch die exceptio non num. pecun. genöthigt werden, die Zahlung des Darlehens zu beweisen. Dies ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß ihn an sich schon die Beweislast trifft. Es ist nicht denkbar, daß der Gläubiger, welcher sich blos mündlich versprechen läßt, vom Beweise frei, dann aber, wenn er sich eine Urkunde hat ausstellen lassen, mit dem Beweise belastet sein sollte. Vielmehr ist die Beweislast des Gläubigers dieselbe, das Darlehen mag in eine Stipulation eingekleidet sein oder nicht. Deshalb findet auch die exceptio non num. pecun. zur Entkräftung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses in ganz gleicher Weise statt, der Schuldschein mag die Stipulationsformel enthalten oder nicht. Sonst würde der Fall der Stipulation zwei Singularitäten haben, Umkehrung der Beweislast und außerdem Entkräftung der Beweiskraft des Schuldscheines. Davon findet sich aber nirgends auch nur eine Andeutung; vielmehr findet sich gleiche Behandlung der Einrede in beiden Fällen; die Fassung vieler Stellen läßt es sogar im Zweifel, ob Schuldscheine mit oder ohne Stipulationsclausel gemeint sind. Vom praktischen Standpunkte aus erscheint die hier angenommene Ansicht durchaus vernünftig. Dem Schuldner würde die doli exceptio wegen mangelnder causa wenig Nutzen bringen, wenn ihm der schwierige Beweis dieser Negation ob-

---

221) L. 9. C. IV. 30.

läge. Umgekehrt liegt darin für den Gläubiger keine Beschwerde, weil er diesen Beweis doch hätte führen müssen, wenn er ohne Stipulation aus dem zum Grunde liegenden Geschäfte geklagt hätte. Auch bei der Novation zeigt sich die praktische Wichtigkeit des Satzes, daß bei jeder Klage aus einer Stipulation der promissor den Gläubiger nöthigen kann, das Vorhandensein einer causa der Stipulation nachzuweisen. Auch wenn eine Stipulation in der Absicht zu noviren erfolgt ist, kann der promissor durch doli exceptio geltend machen, daß es an einer vorhergegangenen Obligation als Grundlage der Novation fehle. Auch in diesem Falle hat der Gläubiger das Dasein der causa zu beweisen. Ist nun das Dasein der causa bewiesen und der Schuldner behauptet nur, daß die vorangegangene Obligation durch exceptio ungiltig gewesen sei, so gehört diese Erörterung nicht zu dem von dem Stipulator zu führenden Beweise des Daseins einer causa, sondern der Schuldner hat, wie immer, seine Einrede zu erweisen. Das Nichtdasein des Zwanges, Irrthums, Betruges u. s. w. hat also der Stipulator nicht zu beweisen. Auch liegt möglicher Weise unter Umständen in der Eingehung einer neuen Obligation ex stipulatu ein Verzicht auf die der früheren Obligation entgegenstehenden Einreden [222]). Auch wenn der Stipulation eine causa futura zum Grunde lag, muß der Gläubiger das Dasein derselben beweisen. Behauptet der Schuldner dagegen eine causa finita, so trifft ihn nach bekannten Regeln die Beweislast. Die Ansicht, daß der Stipulator das Dasein der causa nachweisen müsse, wenn der promissor durch doli exceptio den Mangel der causa rügt, steht anscheinend mit der Regel in Widerspruch, daß der Excipient stets den Grund seiner Einrede zu beweisen habe. Diese Regel wird auch bei der doli exceptio in den Quellen aufgestellt [223]). Zunächst ist freilich hier an die sog. exceptio doli specialis zu denken; es finden sich aber auch Stellen, in welchen die Beweislast bei der allgemeinen doli exceptio dem Beklagten auferlegt zu sein scheint [224]). Namentlich wird gerade in der Stelle, welche ganz besonders von der doli exceptio wegen mangelnder causa handelt [225]), die Regel aufgestellt: docere debit is, qui obiicit exceptionem, dolo malo actoris factum. Ein Bedürfniß zur Erklärung dieser Scheinausnahme trat namentlich bei Gelegenheit der exceptio non num. pecun. hervor und es finden sich darüber verschiedene Erklärungen [226]). Aus mehreren Stellen [227]) ergiebt sich, daß die römischen Juristen die

---

222) Z. B. L. 25. D. 45. 1.

223) L. 18. §. 1. D. 22. 3.

224) Z. B. L. 4. 10. C. IV. 44. L. 4. 19. §. 3. D. 22. 3. Allein diese Stellen enthalten nichts dagegen. Die beiden ersten weisen gerade auf einen dem Gegner zur Last fallenden dolus specialis hin; ebenso die dritte; die vierte handelt von der Einrede der Compensation, welche bekanntlich zuerst in der Form der doli exceptio vorgeschützt wurde.

225) L. 2. D. 44. 4.

226) Vgl. darüber Gneist a. a. O. S. 215—218, dessen Ansicht wir folgen.

227) L. 6. C. IV. 2. L. 6. D. 14. 6. L. 7. D. 46. 2.

zum Grunde liegende causa als zur substantia stipulationis gehörig ansehen, mag eine causa praeterita oder futura, mag ein negotium oder eine Schenkung zum Grunde liegen. Eine Stipulation ohne Beziehung auf das zum Grunde liegende Geschäft gilt als ein rein formelles, inhaltloses, welches nur vermöge starrer Consequenz des ius civile (als fingirtes creditum) an sich bindend ist, während nach ius gentium diese Form erst durch ein materielles Geschäft als Grundlage erfüllt wird. Von diesem Gesichtspunkte aus wird das Dasein einer causa der Stipulation zu einem Theile des Klaggrundes erhoben und daraus erklärt sich die Beweislast. Wie alle übrigen Momente des Klaggrundes, muß Kläger auch dieses beweisen. Diese Auffassung als Ergänzung des Klagfundamentes wird durch die Wendungen implendae stipulationis causa, expleta substantia stipulationis in den in der vorigen Note angeführten Stellen treffend bezeichnet. Der dolus, welcher dem Kläger hier zur Last gelegt wird, liegt eben darin, daß er auf das ius strictum sich berufend, einen Anspruch geltend macht, ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende Intention des Geschäftes. Bei dieser Auffassung der Einrede, als zur Ergänzung des Klagfundamentes aequitatis causa dienend, hatte die Beweislast nichts Auffallendes. — Rückblick auf forma und causa stipulationis[228]). Die ältere Auffassung des Gegensatzes zwischen forma und causa stipulationis war ungenügend. Die neueste Auffassung von Liebe geht mit Recht davon aus, daß die ursprüngliche römische Rechtsbildung sich an die Klagformeln anschloß, aus denen die Grundsätze des materiellen Rechtes erst abgeleitet wurden. So entwickelte sich die Lehre der verborum obligatio aus der Formel: dare oportere. Die Wirkung der Stipulation wäre danach einfach daraus zu erklären, daß der promissor sich ja mit dieser Wirkung das iudicium „dare oportere" wörtlich einverstanden erklärt hatte. Dabei ist aber schwer zu entwickeln, warum gerade in der Formel spondeo jene Uebereinstimmung des Willens mit dem iudicium gefunden wurde; namentlich aber läßt sich auf diesem Wege das Verhältniß der causa zur Stipulation und der Begriff der causa überhaupt nicht wohl bestimmen. Liebe kommt mit seiner Entwickelung dahin, daß er das nudum pactum im heutigen Rechte als formell obligirend ansieht. Nach der Ansicht von Gneist, welche wir für die richtige halten, liegt die causa an sich in dem Wesen eines vernünftigen Willens, welcher mit sich bringt, daß jedes Versprechen entweder in der bewußten Absicht einer Gegenleistung (negotium) oder unter bewußtem Abstrahiren von einer Gegenleistung (Schenkung) erfolgt. Das einfachste obligatorische negotium war das Gelddarlehen; die causa ist hier einfacher Austausch von Eigenthum gegen ein Forderungsrecht auf eine ebenso hohe Summe. Der so gefundene Ausdruck causa wurde auch für andere negotia beibehalten; das nexum wurde Symbol, d. h. man behielt den Ausdruck

228) Gneist a. a. O. S. 220—230.

eines besonderen Willens bei, dem man aber einen anderen allgemeineren Inhalt unterlegte. An der Stelle der obligatio per aes et libram erscheint später die Stipulation. Statt des Symbols bleibt die Fiction des Darlehens, geknüpft an gewisse feierliche Worte. Die darin zu findende bewußte Willensrichtung liegt in der Vorstellung eines creditum als Gegenleistung. Wenn man nun doch, auch wo ein ganz anderes negotium oder eine Schenkung beabsichtigt wurde, diese Vorstellung mit römischer Consequenz festhielt, so folgte, daß die Stipulation in ihren Voraussetzungen unwahr, in ihren Consequenzen hart wurde. Diese Fiction einer causa antecedens beseitigt nun das prätorische Recht und verlangt statt der fingirten causa den Beweis einer wirklich vorhandenen causa, welche nicht nichtig sein darf und als causa futura eingetreten sein muß. Die Stipulation, abgesehen von einer materiellen causa, wird als etwas formell Giltiges, aber Inhaltloses behandelt (substantia obligationis deficit), was erst durch eine materielle causa seinen Inhalt und praktischen Erfolg erhält. Ebenso wie im Sachenrechte und Erbrechte entsteht dadurch ein Dualismus auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Das Forderungsrecht aus einer Stipulation ohne causa ist wie nudum ius Quiritium getrennt vom bonitarischen Eigenthum oder wie ein civiles Erbrecht, welchem eine bevorzugte bonorum possessio gegenübersteht. Diese Umgestaltung wird auf einem Umwege bewirkt. Die Obligation an sich entsteht durch die Form. Ob aber die so entstandene Obligation wirksam sei oder durch exceptio oder condictio unwirksam gemacht werden könne, darüber entscheiden die Regeln der Theorie von den Rechtsgeschäften. Die verborum obligatio bleibt unangetastet, wird aber, wenn es zur Condemnation kommen soll, unwirksam gemacht. Nachdem aber im Fortgange der Zeit die exceptio ein förmliches Rechtsinstitut wurde und ihre Verleihung nicht mehr als ein bloßes beneficium galt, als man exceptio nata nicht mehr erst im Processe annahm, als durch die doli clausula und die Wendungen recte, probe, fide dari die exceptio aus den Formeln verschwand, als der Formularproceß und der ordo iudiciorum sich allmälich auflöste, da mußten die römischen Juristen sich dessen immer klarer bewußt werden, daß durch jene prätorische exceptio ein positiver, materiell neuer Rechtsschutz geschaffen war. Die Stipulation war jetzt nur formelle Hülle für materielle Conventionen, welche sich der wahren Absicht der Parteien gemäß geltend machen. Theilweise kam das materielle Recht später sogar ohne den Umweg der doli exceptio zur Geltung[229]). Abgesehen von diesen einzelnen Fällen verwandelte sich durch die doli clausula das Geschäft in einen contractus, cui doli praestatio vel bona fides inest[230]), und endlich war auch ohne dieselbe durch die im Hintergrunde liegende, im iudicium wohl immer zur Sprache kommende, doli exceptio die

229) Vgl. über diese Fälle Gneist a. a. O. S. 225.
230) L. 152. §. 3. D. 50. 17.

selbstständige Kraft der Stipulation gebrochen. Daher die allgemeine Aeußerung des Pomponius: Conventionales (stipulationes) — pendent ex negotio contracto[231]); und die des Paulus: Firmandarum obligationum causa stipulationes inductas esse[232]). So wurde praktisch die Stipulation zu einer Einkleidungsform für negotia. Vorläufig hatte noch die Stipulation donandi causa ihre alte Bedeutung, bis auch das pactum donandi causa von Justinian für klagbar erklärt wurde. Hierdurch wurde die Bedeutung des formellen Vertrages sehr herabgesetzt und das Erforderniß der causa beherrscht das ganze Gebiet der materiellen Verträge. — Gegen diese Ausführung von Gneist ist neuerlich von Savigny[233]) Folgendes geltend gemacht worden: a) es ließen sich bei jedem Rechtsgeschäfte positive Bedingungen des Daseins und der Rechtsgiltigkeit angeben, welche in der Theorie darzustellen, in der Anwendung auf das wirkliche Leben nachzuweisen seien; unabhängig davon ließen sich mehr oder weniger zufällige Mängel oder Hindernisse denken, deren Dasein, da, wo sie sich finden, auch unter Voraussetzung jener positiven Bedingungen, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ganz oder theilweise ausschließe, welche als negative Bedingungen der Rechtsgeschäfte bezeichnet werden könnten; es würde jedoch unlogisch sein und die gründliche Einsicht in die wahre Natur der Rechtsverhältnisse mehr stören als fördern, wenn man diese negativen Bedingungen, welche eine ganz exceptionelle Natur hätten, mit jenen positiven zusammenstellen und beide als gleichartig behandeln wollte. Ein solches unlogisches Verfahren sei den Vertheidigern der vorliegenden Lehre vorzuwerfen, indem sie die möglichen Condictionen (indebiti u. s. w.) gegen eine Stipulation als Grund geltend machten, weshalb die Stipulation, als ein blos formales Geschäft, nur unter Voraussetzung einer causa als vollständig und vollgiltig angesehen werden könne. Jener Vorwurf eines unlogischen Verfahrens scheint aber ungegründet zu sein. Denn gerade die möglichen Condictionen gegen eine Stipulation sind dazu gegeben, um das materielle Recht mit der rein formellen Natur der Stipulation in Einklang zu bringen, und gerade weil diese Condictionen auf dem Mangel einer causa bei der Stipulation beruhen und die Stipulation wegen Mangels der causa unwirksam machen, berechtigen sie zu dem daraus von den Vertheidigern der hier angenommenen Ansicht gezogenen Schlusse. Weiter macht Savigny geltend: b) die Behauptung, daß die causa eine Eigenthümlichkeit des formalen Geschäftes, der Stipulation, sei, werde dadurch völlig widerlegt, daß die causa, als angebliche Bedingung der Stipulation, welche in der Anfechtbarkeit der Stipulation durch die Condictionen und durch die doli exceptio bestehen soll, genau ebenso bei den materiellen

231) L. 5. pr. D. 45. 1.
332) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 1.
233) Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 262 flg.

Geschäften des älteren Rechtes, namentlich bei den Consensualcontracten vorkomme, welche die alten Juristen hierin mit der Stipulation durchaus auf gleiche Linie stellten, ohne irgend einen Unterschied zwischen beiden zu machen[234]), womit zugleich die causa als angebliche Eigenthümlichkeit des in der Stipulation enthaltenen formalen Geschäftes wegfalle. Dagegen ist zu bemerken, daß die materiellen Geschäfte die causa schon in sich haben, die Stipulation nicht. Die angezogene Stelle spricht von dem Falle, wenn der Erbe in der falschen Meinung, es sei ihm vom Testator auferlegt worden, eine Sache zu verkaufen, dieselbe verkauft, so könne die actio emti gegen ihn durch die doli exceptio ausgeschlossen werden, ebenso wie er, wenn er in der falschen Meinung, es sei ihm im Testamente etwas zu geben auferlegt, promittirt hätte, den Kläger mit der doli exceptio zurückweisen oder mit einer condictio incerti auf Liberation klagen könne. Es handelt sich hier nicht davon, daß dem in einem solchen Irrthum geschlossenen Kaufe die causa mangele; denn diese trägt der Kaufcontract als materielles Rechtsgeschäft stets in sich, sondern es handelt sich um den Einfluß des Irrthums im Beweggrunde, der hier ausnahmsweise für einen wesentlichen gehalten wird. Der Einfluß dieses Irrthums ist bei Stipulationen und materiellen Rechtsgeschäften derselbe, und derjenige, welcher sich auf einen solchen beruft, hat den Irrthum und daß die Sache in der That sich anders verhalte, als er geglaubt habe, zu erweisen. Wir glauben also nicht, daß durch diese Stelle etwas gegen die angenommene Ansicht bewiesen wird. —

II. Heutiges Recht. Die praktischen Vortheile, welche sich aus der hier angenommenen Ansicht ergeben[235]), sind folgende: a) es wird dadurch für die Klagbarkeit der Verträge im heutigen Rechte ein Anhaltspunkt gefunden. Nach der am meisten verbreiteten Ansicht[236]) ist das römische System der Verträge, namentlich der Unterschied der klagbaren und klaglosen Verträge in den neueren Staaten nicht zur Anwendung gekommen, in der Art, daß die römische Stipulation nie angewendet wird und daß der formlose Vertrag an sich ebenso klagbar ist, als es bei den Römern die Stipulation war. Die allgemeine Klagbarkeit der formlosen Verträge wird von Einigen daraus abgeleitet, daß sie in den im neuesten römischen Rechte zugelassenen Erleichterungen in der Form der Stipulation ein Aufgeben des formellen, rein positiven Charakters der Stipulation und einen Uebergang derselben in einen formlosen Vertrag fanden. Diese Ansicht ist aber für das Justinianeische Recht unbegründet. Nach Anderen hat das kanonische Recht das römische in diesem Punkte abgeändert und so das heutige

234) Es wird sich deshalb auf L. 5. §. 1. D. 19. 1. berufen.
235) Vgl. darüber Gneist a. a. O. S. 226 flg.
236) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 232.

selbstständige Kraft der Stipulation gebrochen. Daher die allgemeine Aeußerung des Pomponius: Conventionales (stipulationes) — pendent ex negotio contracto[231]); und die des Paulus: Firmandarum obligationum causa stipulationes inductas esse[232]). So wurde praktisch die Stipulation zu einer Einkleidungsform für negotia. Vorläufig hatte noch die Stipulation donandi causa ihre alte Bedeutung, bis auch das pactum donandi causa von Justinian für klagbar erklärt wurde. Hierdurch wurde die Bedeutung des formellen Vertrages sehr herabgesetzt und das Erforderniß der causa beherrscht das ganze Gebiet der materiellen Verträge. — Gegen diese Ausführung von Gneist ist neuerlich von Savigny[233]) Folgendes geltend gemacht worden: a) es ließen sich bei jedem Rechtsgeschäfte positive Bedingungen des Daseins und der Rechtsgiltigkeit angeben, welche in der Theorie darzustellen, in der Anwendung auf das wirkliche Leben nachzuweisen seien; unabhängig davon ließen sich mehr oder weniger zufällige Mängel oder Hindernisse denken, deren Dasein, da, wo sie sich finden, auch unter Voraussetzung jener positiven Bedingungen, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ganz oder theilweise ausschließe, welche als negative Bedingungen der Rechtsgeschäfte bezeichnet werden könnten; es würde jedoch unlogisch sein und die gründliche Einsicht in die wahre Natur der Rechtsverhältnisse mehr stören als fördern, wenn man diese negativen Bedingungen, welche eine ganz exceptionelle Natur hätten, mit jenen positiven zusammenstellen und beide als gleichartig behandeln wollte. Ein solches unlogisches Verfahren sei den Vertheidigern der vorliegenden Lehre vorzuwerfen, indem sie die möglichen Condictionen (indebiti u. s. w.) gegen eine Stipulation als Grund geltend machten, weshalb die Stipulation, als ein blos formales Geschäft, nur unter Voraussetzung einer causa als vollständig und vollgiltig angesehen werden könne. Jener Vorwurf eines unlogischen Verfahrens scheint aber ungegründet zu sein. Denn gerade die möglichen Condictionen gegen eine Stipulation sind dazu gegeben, um das materielle Recht mit der rein formellen Natur der Stipulation in Einklang zu bringen, und gerade weil diese Condictionen auf dem Mangel einer causa bei der Stipulation beruhen und die Stipulation wegen Mangels der causa unwirksam machen, berechtigen sie zu dem daraus von den Vertheidigern der hier angenommenen Ansicht gezogenen Schlusse. Weiter macht Savigny geltend: b) die Behauptung, daß die causa eine Eigenthümlichkeit des formalen Geschäftes, der Stipulation, sei, werde dadurch völlig widerlegt, daß die causa, als angebliche Bedingung der Stipulation, welche in der Anfechtbarkeit der Stipulation durch die Condictionen und durch die doli exceptio bestehen soll, genau ebenso bei den materiellen

231) L. 5. pr. D. 45. 1.
332) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 1.
233) Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 262 flg.

Geschäften des älteren Rechtes, namentlich bei den Consensualcontracten vorkomme, welche die alten Juristen hierin mit der Stipulation durchaus auf gleiche Linie stellten, ohne irgend einen Unterschied zwischen beiden zu machen[234]), womit zugleich die causa als angebliche Eigenthümlichkeit des in der Stipulation enthaltenen formalen Geschäftes wegfalle. Dagegen ist zu bemerken, daß die materiellen Geschäfte die causa schon in sich haben, die Stipulation nicht. Die angezogene Stelle spricht von dem Falle, wenn der Erbe in der falschen Meinung, es sei ihm vom Testator auferlegt worden, eine Sache zu verkaufen, dieselbe verkauft, so könne die actio emti gegen ihn durch die doli exceptio ausgeschlossen werden, ebenso wie er, wenn er in der falschen Meinung, es sei ihm im Testamente etwas zu geben auferlegt, promittirt hätte, den Kläger mit der doli exceptio zurückweisen oder mit einer condictio incerti auf Liberation klagen könne. Es handelt sich hier nicht davon, daß dem in einem solchen Irrthum geschlossenen Kaufe die causa mangele; denn diese trägt der Kaufcontract als materielles Rechtsgeschäft stets in sich, sondern es handelt sich um den Einfluß des Irrthums im Beweggrunde, der hier ausnahmsweise für einen wesentlichen gehalten wird. Der Einfluß dieses Irrthums ist bei Stipulationen und materiellen Rechtsgeschäften derselbe, und derjenige, welcher sich auf einen solchen beruft, hat den Irrthum und daß die Sache in der That sich anders verhalte, als er geglaubt habe, zu erweisen. Wir glauben also nicht, daß durch diese Stelle etwas gegen die angenommene Ansicht bewiesen wird. —

II. Heutiges Recht. Die praktischen Vortheile, welche sich aus der hier angenommenen Ansicht ergeben[235]), sind folgende: a) es wird dadurch für die Klagbarkeit der Verträge im heutigen Rechte ein Anhaltspunkt gefunden. Nach der am meisten verbreiteten Ansicht[236]) ist das römische System der Verträge, namentlich der Unterschied der klagbaren und klaglosen Verträge in den neueren Staaten nicht zur Anwendung gekommen, in der Art, daß die römische Stipulation nie angewendet wird und daß der formlose Vertrag an sich ebenso klagbar ist, als es bei den Römern die Stipulation war. Die allgemeine Klagbarkeit der formlosen Verträge wird von Einigen daraus abgeleitet, daß sie in den im neuesten römischen Rechte zugelassenen Erleichterungen in der Form der Stipulation ein Aufgeben des formellen, rein positiven Charakters der Stipulation und einen Uebergang derselben in einen formlosen Vertrag fanden. Diese Ansicht ist aber für das Justinianeische Recht unbegründet. Nach Anderen hat das kanonische Recht das römische in diesem Punkte abgeändert und so das heutige

234) Es wird sich deshalb auf L. 5. §. 1. D. 19. 1. berufen.
235) Vgl. darüber Gneist a. a. O. S. 226 flg.
236) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. II, S. 232.

Recht bestimmt[237]). Sie berufen sich deshalb auf einen in die Decretalen aufgenommenen Ausspruch einer afrikanischen Kirchenversammlung[238]), wo in einem Falle, wo sich zwei Bischöfe über die Vertheilung von Pfarrgemeinden in ihren Diöcesen vereinigt und darüber einen schriftlichen Vertrag errichtet hatten, auf die Klage des einen Bischofs vor der Versammlung, daß der Gegner den Vertrag nicht halten wolle, die Versammlung entscheidet, daß die Erfüllung des Vertrages durch Kirchenstrafen erzwungen werden müsse. Die Stelle kann für die vorliegende Frage nichts entscheiden, erstlich weil sie nicht von der Klage vor dem weltlichen Richter spricht, sondern nur von der kirchlichen Aufrechterhaltung eines die Diöcesanverfassung zum Gegenstande habenden Vertrages; zweitens weil in der ganzen Stelle des Gegensatzes der Stipulation und des formlosen Vertrages nicht gedacht wird und nach dem Inhalte der Stelle vielmehr anzunehmen ist, daß der Beklagte die Erfüllung des Vertrages nicht wegen eines Formfehles verweigert habe, sondern nur aus reiner Willkür. Die Meisten leiten die Abänderungen des römischen Rechtes aus einer allgemeinen teutschen Gewohnheit ab[239]). Auch dies hat seine Schwierigkeit. Es läßt sich nämlich nicht behaupten, daß erschwerende Formen der Verträge dem teutschen Volkssinne zu allen Zeiten fremd und zuwider gewesen wären. Denn namentlich hinsichtlich der Veräußerungsverträge über Immobilien und der Verträge über Begründung dinglicher Rechte an solchen findet sich im älteren teutschen Rechte allgemein die gerichtliche Auflassung als nothwendige Form derselben, wobei freilich nicht, wie im römischen Rechte, zwischen Begründung eines Forderungsrechtes und dessen Erfüllung durch Tradition unterschieden wurde, sondern in der gerichtlichen Auflassung beides zusammenfiel. Savigny[240]) meint, ein allgemeines teutsches Gewohnheitsrecht als Hinderniß für die Aufnahme des römischen Systems der Verträge lasse sich nur unter der Voraussetzung behaupten, daß dieses System, also der Gegensatz der Stipulation und des formlosen Vertrages, Gegenstand des teutschen Volksbewußtseins hätte sein können, was aber bei diesem, nur durch gelehrte Forschung erkennbaren, Gegensatze völlig undenkbar sei. Selbst bei einem großen Theile des teutschen Richterstandes könne ein bestimmtes Bewußtsein jenes Gegensatzes als vorhanden nicht angenommen werden, so daß also auch der Gerichtsgebrauch nicht als entscheidend über die Frage angesehen werden könne, umsoweniger als in den meisten Fällen des wirklichen Lebens die Frage nach der Klagbarkeit des formlosen Vertrages nicht rein und ausschließend als Grund der Entscheidung werde dienen können, zumal bei den meisten im Leben vorkommenden Verträgen die Analogie

237) Vgl. die von Glück, Erl. der Pand. Bd. IV, S. 281 flg., N. 37—39 angeführten Schriftsteller.

238) Cap. 1. X. I. 35.

239) Man hat sich deshalb auf das sächs. Landr. B. 1, Art. 7 berufen.

240) Savigny a. a. O. S. 237.

irgend eines römischen Contractes einen Anhalt der Entscheidung darbieten werde. Die Erscheinung nun, daß das römische Vertragssystem für das heutige Recht nicht gelten soll, da doch das römische Recht im ganzen als Grundlage unseres Rechtes anerkannt werde, findet Savigny in folgender Betrachtung. Kein positives Recht, sagt er[241]), könne als Grundlage des Lebensverkehres bestehen, ohne irgend eine Form, wodurch jeder beliebige Vertrag, abgesehen von seinem besonderen Inhalte, bindend und klagbar werden könne. Eine solche Form habe nun das römische Recht in der Stipulation enthalten; zu der Zeit der Annahme des römischen Rechtes im ganzen in Teutschland habe die Stipulation einen wesentlichen Bestandtheil desselben gebildet, so daß nach dem Inhalte der geschriebenen Quellen die Stipulation mit übernommen worden sei. Das Recht der Stipulation, d. h. die ausschließende Wirkung derselben, sei aber bedingt durch die Thatsache der Stipulation, also durch ihre wirkliche Uebung, begründet in einer herrschenden Volkssitte, wie sie in der That bei den Römern erscheine, in Teutschland aber zur Zeit der Aufnahme des römischen Rechtes sowie früher oder später nicht bestanden habe, so daß also auch das Recht der Stipulation in Teutschland keine Anwendung habe finden können. Der hieraus entstehende Rechtszustand sei so zu denken. Man habe in Teutschland den Grundsatz der klagbaren Stipulation ohne die eigenthümliche Form derselben, die mündliche Frage und Antwort, erhalten. Durch die von selbst eintretende Abstraction von dieser Form habe sich für uns die Stipulation unvermerkt, unter unseren Händen, in den formlosen Vertrag verwandelt, und so seien wir durch unabwendbare Nothwendigkeit und ohne Zuthun eines Gesetzgebers zu dem Grundsatze gekommen, daß jeder formlose Vertrag klagbar sei. Die Stipulation sei nun zusammengefallen mit den Consensualcontracten und dem nudum pactum. Die regelmäßige Nothwendigkeit der Stipulation als Bedingung einer Klage und die Klaglosigkeit des formlosen Vertrages bildeten ein untrennbares Ganze; sobald man sich aus diesem die positive Form der Stipulation hinwegdenke, werde von selbst der formlose Vertrag klagbar. In dieser Auffassung finde auch die Annahme eines teutschen Gewohnheitsrechtes Anerkennung. Man könne diese Gewohnheit als eine negative bezeichnen, indem sie lediglich darin bestanden habe, daß man in Teutschland die Form der Stipulation nicht anwendete, an welche Unterlassung sich dann alle rechtlichen Folgen von selbst angeknüpft hätten. Gneist[242]) sagt, der Gegensatz der Formal- und Materialcontracte sei nicht der, daß dort eine Form ohne Inhalt, hier ein Inhalt ohne Form eine Verbindlichkeit hervorbrächte, sondern der Wille sei das Substantielle beider, der Wille, welcher sich als bewußter Wille durch eine causa offenbare. Diese causa werde bei den for-

241) Savigny a. a. O. S. 239 flg.
242) Gneist a. a. O. S. 226 flg.

mellen Verträgen fingirt. Solche Fictionen seien aber unserem teutschen Rechtsbewußtsein fremd. Während es daher bei den Römern erst des Umweges einer doli exceptio bedurft habe, um die materielle causa gegen die fingirte zur Geltung zu bringen, falle dieser Umweg bei uns weg. Man mag sich nun für die eine oder andere dieser Theorien entscheiden, so bleibt immer unerklärt, wie man in Teutschland dazu gekommen sei, ungeachtet der Aufnahme des römischen Rechtes im ganzen die Form der Stipulation nicht anzunehmen und formlose Verträge für klagbar anzuerkennen. Unseres Erachtens ist die Klagbarkeit der formlosen Verträge schon im teutschen Rechte des Mittelalters begründet und hängt mit der Beweistheorie des älteren deutschen Processes zusammen. Nach der Beweistheorie des älteren teutschen Processes war das Hauptbeweismittel die eidliche Versicherung der Partei für ihre Behauptung, welcher Eid entweder von ihr allein oder mit Gezeugen geschworen werden mußte. Es war nur die Hauptfrage im älteren teutschen Processe, welche Partei näher zum Eide sei, ob diejenige, welche etwas Thatsächliches behauptet oder diejenige, welche die Behauptung des Gegners ableugnet. Als Regel galt, daß eher der Angegriffene als der Angreifer zum Eide zu lassen sei. Bei bürgerlichen Klagen um Schuld ist der Beklagte, welcher die Schuld ableugnet, der Angegriffene, welcher sein Geld behalten will, während es der Kläger ihm abgewinnen will. Bei Streitigkeiten über Schuld kommt also regelmäßig der Beklagte zum Eide, wodurch er die Schuld abschwört, weil er derjenige ist, welcher sein Geld behalten will; der vom Kläger behauptete Entstehungsgrund ist gleichgiltig [243]). Es war hiernach schon längst vor Aufnahme des römischen Rechtes in Teutschland Grundsatz, daß jedes außergerichtliche Gelobde (Gelöbniß, Versprechen) klagbar war und von dem Beklagten, welcher es leugnete, durch seinen Eid abgelehnt werden konnte. Konnte der Beklagte nicht schwören, sondern mußte er bekennen, so mußte er auch zahlen. Bei einem vor Gericht abgelegten Gelobde konnte sich der Kläger auf das Zeugniß des Gerichtes berufen und dadurch den Eid des Beklagten ausschließen. Es hing also der Grundsatz, daß jedes außergerichtliche Versprechen klagbar sei, mit der älteren teutschen Beweistheorie zusammen und er hat sich auch noch dann erhalten, nachdem diese Beweistheorie gefallen und mit der des römischen und kanonischen Rechtes vertauscht worden ist. Es erhielt sich jener Grundsatz von der Klagbarkeit außergerichtlicher Gelobde auch nachdem der Eid der Partei als Hauptbeweismittel verschwunden war und theils der römischen iurisiurandi delatio, theils den äußeren Beweismitteln hatte weichen müssen; es kam nur darauf an, ob das Gelobde erweislich war, wozu man sich ebensowohl der Eidesdelation als äußerer Beweismittel bedienen konnte. Die ältere teutsche Beweistheorie, wornach der

---

243) Planck, das Recht zur Beweisführung nach älterem teutschen, besonders sächs. Verf. in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. X, S. 240—242.

Parteieneid das Hauptbeweismittel war, brachte es mit sich, daß es hiernach weniger auf den Klaggrund und den Grund der Entstehung der Schuld ankam[244]), als auf das Bekenntniß schuldig zu sein; daher zur Begründung der Klage die Behauptung genügte, Beklagter habe dem Kläger eine gewisse Summe versprochen, so daß nicht von Einfluß war, ob dieses Versprechen eine Schenkung oder was sonst für ein Rechtsgeschäft sein sollte. Es kam nur darauf an, ob der Beklagte das Versprechen (Gelobde, Gelöbniß) zugestand oder nicht; bekannte er, so mußte er zahlen; leugnete er, so mußte er schwören. Daher die allgemeine Regel im Sachsenspiegel[245]): „Swer icht borget oder gelobt, der sal iz gelden, und waz her tut, daz sal he stete halden. Wil erz aber versachen dar nach, her entvúret ez ime mit sime eide.“ Mit dem Wegfalle der älteren und der Annahme der jetzt noch geltenden Beweistheorie mußte, wenn auch jener Grundsatz der Klagbarkeit formloser Verträge beibehalten wurde, doch insofern eine Aenderung eintreten, als der Grund der Entstehung der Schuld, die Umstände, unter denen solche entstanden war, näher in der Klage angegeben werden mußten, nicht allein, um den Richter in den Stand zu setzen, beurtheilen zu können, ob eine in den Gesetzen anerkannte oder verworfene Forderung vorliege, sondern auch um des zu führenden Beweises willen. Zumal wenn der Kläger vom Eidesantrage Gebrauch machte, war eine solche specielle Darstellung des Grundes der Entstehung der Schuld unerläßlich, weil der Eid nicht über das Bestehen der Schuld im allgemeinen, sondern nur über die Thatsachen, auf denen solche beruhen sollte, angetragen werden konnte, und in Mangel einer solchen speciellen Darstellung der deferirte Eid als über zu allgemeine Behauptungen angetragen als unstatthaft verworfen werden mußte. Aber auch bei dem Gebrauche anderer Beweismittel, namentlich der Zeugen, war eine solche specielle Darstellung des Entstehungsgrundes der Schuld nicht minder nothwendig, da mit der Trennung des ersten Verfahrens vom Beweisverfahren sich der Grundsatz geltend machte, daß nur das im ersten Verfahren vorgebrachte, nicht zugestandene thatsächliche Material Gegenstand des Beweisverfahrens sein könne. Dies führte nun von selbst dazu, daß der Richter auch bei einem simplen acceptirten Versprechen ungeachtet der im allgemeinen anerkannten Klagbarkeit desselben nicht blos auf die einfache Thatsache des Versprechens und dessen Acceptation, sondern auch auf die Umstände, unter denen es geschehen war, Rücksicht nehmen mußte, um daraus beurtheilen zu können, ob überhaupt der Wille zu contrahiren vorhanden gewesen sei und welches Rechtsgeschäft die Parteien eigentlich zu schließen beabsichtigt hätten. Bei dieser Prüfung bot ihm nun das römische Recht einen sicheren Anhaltpunkt dar, welches bei der Stipulation ungeachtet ihrer rein formalen Natur doch Ergänzung derselben durch eine

244) Planck a. a. O. S. 239, 241.
245) Sächs. Landr. B. 1, Art. 7.

causa fordert und, da alle Vermögenszuwendungen sich auf drei Klassen zurückführen lassen, donare, solvere, credere, zur völligen Giltigkeit und Wirksamkeit der Stipulation verlangt, daß sie geschlossen worden sei: donandi causa, solvendi causa oder credendi causa. Hiernach hatte der Richter nur bei einem formlosen Vertrage, welcher sich nicht unter die im gewöhnlichen Leben bekannten und üblichen materiellen Verträge bringen ließ, zu untersuchen, ob derselbe donandi causa, solvendi causa oder credendi causa geschlossen war und wenn der Vertrag sich auf eine dieser drei Klassen der möglichen Vermögenszuwendungen zurückführen ließ, so mußte er sich für die Klagbarkeit des Vertrages entscheiden. Wenn auch das ältere teutsche Recht mehr auf die Thatsache des geschlossenen Vertrages Rücksicht nahm, so muß man doch nicht glauben, daß die Teutschen weniger Sinn und Verstand gehabt hätten als die Römer. Waren ihnen auch die feinen Distinctionen des römischen Rechtes unbekannt und kannten sie namentlich das römische System der Verträge nicht, so wurde doch ebensowohl wie bei den Römern eine ernstliche Absicht, ein bewußter Wille bei Abschließung von Verträgen verlangt, zu dessen Erklärung sie freilich nicht, wie die Römer in der Stipulation, einer bestimmten Form sich bedienten. Da nun möglicher Weise die Uebernahme einer Verpflichtung durch einen Vertrag nur in Betracht einer vorangegangenen Gegenleistung oder einer künftigen Gegenleistung oder schenkungsweise geschehen kann und ein Versprechen nur so als Act eines vernünftigen Willens sich denken läßt, so kann auch bei den Teutschen vor der Reception des römischen Rechtes dies nicht anders angenommen werden. Allerdings mochte im älteren teutschen Rechte, wenn kein anderer Zweck des Versprechens angeführt war, die Vermuthung begründet sein, daß das Versprechen schenkungsweise geschehen sei, und diese Vermuthung war vollkommen ausreichend, weil es eben wegen des Parteieneides weniger auf den Entstehungsgrund einer Schuld als auf die Thatsache des Schuldigseins ankam. Nach dem Wegfalle des Parteieneides aber kann nicht jeder formlose Vertrag, wodurch nur der eine Contrahent eine Leistung ohne Gegenleistung des anderen übernimmt, von dem ein anderer Zweck nicht zu ersehen ist, durch die Vermuthung, derselbe sei eine Schenkung, aufrecht erhalten werden. Eine solche Vermuthung würde den bekanntesten Rechtsgrundsätzen widersprechen. Es muß vielmehr die Absicht zu schenken ausdrücklich erklärt werden und es ist dies um so nothwendiger, als die Schenkung unter ganz besonderen Rechtsregeln steht, über deren Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Richter ohne die Gewißheit, daß der geschlossene Vertrag eine Schenkung sein solle, in die größten Zweifel gerathen würde. Wir können daher einen Vertrag, wodurch sich Titius gegen Sejus verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit 1000 Thlr. zu zahlen, zur Begründung einer Klage nicht für genügend halten. Eine Klage, die auf einen solchen gestützt ist, ist unserem Erachten nach abzuweisen, weil es an der causa fehlt. Wir müssen demnach ganz

der Auffassung von Gneist beipflichten und die Ansicht, das nudum pactum habe bei uns die Wirkung einer Stipulation, für unrichtig halten, weil ihm die Selbstständigkeit der Stipulation fehlt. Ebenso müssen wir Gneist darin beistimmen, daß die Ansicht, das nudum pactum wirke bei uns gleich den Consensualcontraten an sich durch vereinten Willen, ein wesentliches Moment dieses Willens, die causa, dabei vergessen hat. Das Bewußtsein des Zieles muß dem Willen vorangehen. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Römer blos bei gewissen (Consensualcontracten), wir aber bei allen Verträgen von einer sinnlich wahrnehmbaren causa absehen; daß bei uns also gegenseitige Versprechen allgemein klagbar sind. b) Hieraus ergeben sich auch die Grundsätze über cautio indiscreta. Man sah mit richtigem Tact ein, daß aus einem solchen Schuldscheine: „Ich bekenne Dir 100 Thaler schuldig zu sein" kein Anspruch entstehen könne, daß einem solchen Versprechen etwas fehle, nämlich die causa, welche man „als den in facto und iure beruhenden Grund, aus welchem der Schuldner verpflichtet sei" definirte. Man verlangte für jede Forderung einen rechtlichen Grund und erklärte eine cautio indiscreta schon deshalb für ungenügend, weil ihr möglicher Weise eine Rechtswidrigkeit zum Grunde liegen könne. Worin aber jener außer dem Versprechen liegende Rechtsgrund bestehe, darüber kam man nicht zur Klarheit. Bei den diesfallsigen Erörterungen ging man von L. 25. §. 4. D. 22. 3. als Grundlage aus, ohne zu berücksichtigen, daß dort von keinem einfachen Schuldscheine, sondern von einer Stipulationsurkunde die Rede ist. Cropp nahm infolge dieser Stelle sogar an, daß es noch heutzutage einer förmlichen doli exceptio oder condictio zur Anfechtung eines solchen Schuldscheines bedürfe; daß im Klaglibell ein solcher ohne Angabe eines anderen Klaggrundes genüge [246]). Seine Ansicht schien auch dadurch Bestätigung zu erhalten, daß im kanonischen Rechte die in der fraglichen römischen Stelle ausgesprochenen Regeln über die Beweislast bei einer cautio, welche indebite ausgestellt zu haben der Schuldner behauptet, angenommen sind [247]), und im kanonischen Rechte offenbar nur an einen einfachen Schuldschein, nicht an eine Stipulationsurkunde gedacht worden ist. Daher könnte es also scheinen, daß, wenn auch nicht auf dem Grunde des römischen, doch auf dem des kanonischen Rechtes eine cautio indiscreta zur Begründung der Klage ohne Angabe eines anderen Klaggrundes hinreiche und erst abzuwarten sei, ob der Schuldner den Schuld-

---

246) Cropp, in den jurist. Abhandl. Bd. I, S. 356 flg. Ueber die cautio indiscreta existirt eine förmliche Literatur. S. die Citate bei Gneist a. a. O. S. 228, N. 7.

247) Cap. 14. X. II. 22.: Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris te id indebite promisisse.

schein als indebite ausgestellt anfechte, welchenfalls alsdann allerdings der Kläger den Beweis der Schuld zu übernehmen habe. Allein nach der Ansicht von Gneist, welcher wir beipflichten, ergiebt sich die Wirkung einer cautio indiscreta, also jetzt eines einfachen Schuldscheines, dem die Angabe der causa fehlt, aus inneren Gründen. Der Angabe einer causa bedarf es schlechterdings, um den bewußten animus obligandi daraus zu schließen; also genügt die reine cautio indiscreta nicht zur Begründung einer Klage. Der Kläger hat vielmehr sogleich in der Klagschrift anzugeben, ob das Versprechen aus einer Schenkung, aus einem Kaufe, Darlehen u. s. w. herrühre; wenn nur das angegebene Geschäft ein solches ist, dessen juristischer Charakter geläufig und durch eine so kurze Bezeichnung hinreichend angedeutet ist. Fehlt für das Geschäft ein entsprechender Kunstname, so bedarf es der bestimmten Angabe der Gegenleistung. Wie weit Specialität der Angabe nothwendig sei, ergiebt sich aus dem leitenden Gesichtspunkte, daß erhellen muß, ob das bestimmte Bewußtsein eines Austausches vorhanden war. Mit Recht wird z. B. bei Geschäftsleuten als hinreichend betrachtet, wenn der Schein die Summe als Resultat eines aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehre berechneten Saldo bezeichnet. Folge davon ist, daß nun auch der Schuldner Gelegenheit hat, Einwendungen gegen den Inhalt des Scheines zu machen und nöthigenfalls den Beweis derselben, z. B. des Irrthums oder eines sonstigen Mangels, zu führen. Auch das kanonische Recht hat daran nichts geändert. Denn da die fragliche Stelle offenbar auf einem Mißverständnisse beruht, indem, was im römischen Rechte von Stipulationsurkunden gesagt wird, hier auf einfache Schuldbekenntnisse bezogen wird, so muß jene Stelle des kanonischen Rechtes hier ganz bei Seite gelassen werden, zumal da nicht erweislich ist, daß dadurch eine ausdrückliche Abänderung in Ansehung dessen, was zur Begründung einer Klage nothwendig ist, habe eingeführt werden sollen. Wenn hiernach eine cautio indiscreta nicht einmal im ordentlichen Processe für geeignet zur Begründung der Klage geachtet werden kann, so kann dies umsoweniger im Executionsprocesse der Fall sein. Es kann daher nur als eine nicht zu billigende Ausnahme betrachtet werden, wenn einzelne Gesetzgebungen teutscher Staaten den Executivproceß aus solchen Urkunden zulassen, in welchen eine causa debendi nicht ausgedrückt ist[248]). Es liegt zwar dieser Vorschrift die ältere teutsche Ansicht zum Grunde, nach welcher zur Verurtheilung des Beklagten das Bekennen der Schuld, ohne daß weiter nach dem Entstehungsgrunde gefragt wurde, genügt und auch die cautio indiscreta das Bekenntniß einer Schuld enthält; es war aber, nachdem die Beweistheorie des älteren teutschen Rechtes in Wegfall gekommen war, inconsequent, jene ältere teutsche Ansicht auf derartige Urkunden im Executivprocesse zu übertragen, da weder das Anerkenntniß der Urkunden

248) Königl. sächs. erl. PO. Anhang §. 5.

dem Aussteller die besondere Verfolgung seiner Einwendungen gegen den Inhalt, wenn er solche nicht sofort durch Urkunden erweislich machen konnte, noch die eidliche Diffession der Urkunde von Seiten des Beklagten dem Kläger die Verfolgung desselben Anspruches im ordentlichen Processe, falls er andere Beweismittel hat und gebrauchen will, entzieht. c) Nach der hier vertheidigten Anschauungsweise der formellen Verträge, namentlich der Stipulation, kann im heutigen Rechte die Novation im römischen Sinne unter denselben Parteien nicht mehr vorkommen. Bei den Römern war dies durch Stipulation möglich, weil dieselbe eine selbstständige nova causa (ein fingirtes creditum) enthielt, und daher, wenn die Absicht der Parteien auf Novation gerichtet war, eine frühere Forderung in eine Stipulation umgewandelt werden konnte, dergestalt, daß nun lediglich die Stipulation maßgebend war und auf das frühere Rechtsgeschäft nicht zurückgegangen werden konnte. Allein nach heutigem Rechte kann man in einem zweiten Versprechen derselben Schuld immer nur ein Anerkenntniß der früheren Schuld finden; das zweite Versprechen hat immer dieselbe causa wie das frühere; denn wir haben keine Stipulation, bei welcher die causa fingirt wird. Dagegen ist allerdings eine Novation durch Delegation und Expromission auch nach heutigem Rechte möglich. Die Form der Stipulation ist natürlich nicht mehr anwendbar. Dies schließt aber nicht aus, daß durch einen einfachen Vertrag zwischen den betheiligten Personen ein neuer Schuldner anstatt des alten angenommen werde. Nur muß hier umsomehr, als wir der römischen Stipulationsform entbehren, die Absicht der Parteien eine Novation einzugehen, im klaren sein, namentlich darüber, daß der alte Schuldner seiner Verbindlichkeit gänzlich entlassen sein solle. Es kommt hier aber sowohl auf die gebrauchten Ausdrücke als auf die Umstände an, unter welchen das Geschäft vorgenommen worden ist. Wenn der Gläubiger erklärt, den neuen Schuldner an der Stelle des alten annehmen zu wollen und der neue ihm nunmehr sich verpflichtet, so wird der animus novandi nicht bezweifelt werden können. Aber auch aus den Umständen wird sich beurtheilen lassen, ob diese Absicht vorhanden sei oder nicht, daher man nicht eine ausdrückliche Erklärung dieser Absicht verlangen kann. Im Zweifel ist aber die Vermuthung hier für den Gläubiger, daß er durch Annahme eines neuen Verpflichteten vielmehr seine Sicherheit habe vermehren und neben dem alten Schuldner noch einen neuen habe annehmen wollen. Die Vermuthung ist also mehr für Bürgschaft als für Expromission oder Delegation. — Ueber die nothwendigen Stipulationen ist bereits an einem anderen Orte gehandelt worden[249]).

Heimbach sen.

---

249) Vgl. den Artikel Cautio Bd. III, S. 601 flg. S. auch Liebe a. a. O. S. 92—102.

Strafe. I. Der Rechtsbegriff der Strafe. Die geschichtliche Entwickelung des Rechtes zeigt in den Anfängen der Rechtsvereine, aus welchen sich allmälig der Staat entwickelte, dasjenige, was in diesem als Strafe im engeren Sinne erscheint, in der Form der Privatgenugthuung oder Privatrache; die Weiterbildung läßt an der letzteren Stelle mehr und mehr theils ein Einschreiten der an der Spitze des Rechtsvereins stehenden obrigkeitlichen Gewalt zunächst noch in ihrem eigenen Interesse (also analog der Genugthuung für den verletzten Einzelnen), theils ein Einwirken der in der priesterlichen Gewalt sich äußernden religiös-sittlichen Macht des Rechtsvereins (Sühne) treten; bis sich mit der Gestaltung einer eigentlichen Staatsgewalt die Strafe, und zwar anfangs als gesetzlich geregelte Privatbuße oder Privatstrafe, im weiteren Verlaufe aber als öffentliche Strafe darstellt. So ist die Strafe ein Product der Rechtsentwickelung bei allen Culturvölkern und das positive Recht hat sie als solches aufzufassen, während die Begründung des Strafrechtes an sich der Rechtsphilosophie angehört.

Für das positive Recht auf seinem gegenwärtigen Standpunkte kommt es aber zunächst darauf an, den Begriff der Strafe in diesem Sinne festzustellen und nach den damit verwandten Begriffen abzugrenzen. Als solche verwandte Begriffe erscheinen theils diejenigen Reactionen gegen Fehlthaten, welche von anderen sittlichen Organismen, als der Staat, ausgehen, theils diejenigen Folgen von widerrechtlichen Handlungen, welche der Staat selbst, sei es neben der Strafe, sei es ohne solche, an dieselben knüpft. In den ersteren Bereich fallen die Buß- und Zuchtmittel der Kirche und der Familie, in den letzteren die sog. civilrechtlichen Folgen der Rechtsverletzungen überhaupt. Nicht minder ist aber von dem hier vorliegenden Begriffe der Strafe noch zu unterscheiden die sog. Disciplinarstrafe, welche auf einer besonderen, von der allgemeinen Staatsgewalt verschiedenen Auctorität beruht und nur innerhalb der besonderen Sphäre der letzteren Geltung hat. Hiernach beschränkt sich jener Begriff auf diejenigen Folgen gesetzwidriger Handlungen, welche, von der Staatsgewalt als solcher verhängt, die Tilgung der Schuld bezwecken. Ihre Beziehung auf eine verschuldete Rechtsverletzung oder nur Rechtsgefährdung bildet, jedoch nicht durchgreifend, den Unterschied zwischen Criminal- und Polizeistrafe, der im übrigen für die gegenwärtige Betrachtung irrelevant ist.

Dadurch, daß man einzelne der in jenem Zwecke der Strafe sich vereinigenden Tendenzen ausschließlich verfolgte, kam man Seiten der Rechtsphilosophie dazu, eine Reihe von Strafrechtstheorieen — die sog. relativen — aufzustellen [1]), während das positive Strafrecht sich hierüber, der Natur der Sache nach, kaum andeutend aussprach [2]). Im Gegen-

---

1) Die eingehendste Uebersicht und Kritik derselben neuerlich bei Köstlin, Strafrecht I, S. 397—412.

2) Wegen des gemeinen Strafrechtes s. Wächter, Lehrbuch §. 29.

satze hierzu ging man sodann lediglich auf den Grund der Strafe zurück — die absolute Theorie — welcher Auffassung das positive Strafrecht noch weniger folgen konnte. Die Nothwendigkeit, beide Arten als gleichberechtigt an sich und als einflußreich auf die legislative und doctrinelle Entfaltung des Strafrechtes anzusehen, ist neuerlich, nach vielfacher Verkennung, bestimmter hervorgehoben worden [3]).

In gleicher Maaße trägt der oben aufgestellte Begriff der Strafe zwar sowohl die Beziehung auf die Subjectivität des zu Bestrafenden als auch die Objectivität des Rechtes, aus dessen Nichtachtung die Schuld entstand, in sich; allein auch hier muß das relative Maaß der Strafe aus der Größe der Verschuldung entnommen werden, um sie im einzelnen Falle zur gerechten zu machen. — Die weitere Entwickelung der vorstehenden Sätze gehört vorzugsweise der Criminalpolitik an.

II. Strafarten. Die Wahl der Uebel, welche als Strafe verhängt werden, hängt, da es sich hierbei um die Würdigung der inneren und äußeren Güter des Menschen handelt, wesentlich mit dem sittlichen und Culturzustande eines Volkes und einer Zeit zusammen und bestimmt sich nächstdem auch nach den Zwecken, welche eine Gesetzgebung bei der Verhängung von Strafen vor Augen hatte. Indeß lassen sich, wie jene Güter, so auch die darauf bezüglichen Strafübel im allgemeinen folgendermaßen classificiren, wobei der gegenwärtige Entwickelungsstandpunkt des Strafrechtes in Teutschland als maßgebend angenommen, zugleich aber die historische Entwickelung des heutigen Strafrechtes bis auf deren Ausgangspunkt im neuesten römischen Rechte zurück berücksichtigt werden wird.

A. Todesstrafe [4]). In der Geschichte der Todesstrafe ist in demselben Maaße eine Tendenz zur Vereinfachung und Beschleunigung ihrer Vollstreckung bemerkbar, in welchem gegensätzlich bei den Freiheitsstrafen ein steigendes Bestreben, sie in möglichst vielgestaltigen Abstufungen zur Anwendung zu bringen, hervortritt. Bei den Römern, wo in ältester Zeit das Herabstürzen vom tarpejischen Felsen und das zu Tode Geißeln vorkam, bestanden, nachdem beides aufgehoben [5]) und auch das in den ersten Kaiserzeiten sehr häufige Stranguliren im Gefängnisse außer Gebrauch gekommen war, als Todesarten: das lebendig Verbrennen (vivi crematio), die Kreuzigung (crux) mit der Unterart der furca, das Zerreißen durch wilde Thiere (damnatio ad bestias) und die Enthauptung (decollatio, capitis amputatio), letztere früher durch das Beil, in den Kaiserzeiten und besonders seit Alexander Sever

---

3) Vgl. Bluhme, System §. 4.

4) Die neuere Literatur am vollständigsten bei Köstlin, Strafrecht I, S. 444; hinzuzufügen ist: Graf von Reichersberg, über die Beibehaltung oder Abschaffung der Todesstrafe, im Gerichtssaale 1854 I, S. 432 flg. und Nachträge dazu II, S. 401 flg. D. Clemens, über die Todesstrafe, in Henke's Zeitschr. 1854, 1.

5) L. 8. §. 3. L. 25. §. 1. D. 48. 19. de poenis.

durch das Schwert (gladius)[6]; daneben als besondere Arten der Todesstrafe das Säcken (culeus)[7]) für Elternmord, und das Lebendigbegraben bei den Vestalinnen[8]). Bei den Germanen wurden in ältester Zeit die Arten der Todesstrafe gesetzlich weniger genau, sondern mehr nach Brauch der einzelnen Stämme unterschieden[9]); wir finden eine Anzahl von Abstufungen: das Hängen, das Radern, das Verbrennen, das Steinigen, das Lebendigbegraben und Ertränken; der einfachsten Todesart durch Abschlagen des Hauptes wird nur selten in den Rechtsquellen gedacht[10]). Dieselben Todesarten, mit Ausnahme der Steinigung, aber auch noch andere Modificationen (z. B. Viertheilen) und insbesondre auch Schärfungen der Todesstrafe (durch ihr vorhergehende Leibesstrafen[11])) finden sich in der C. C. C. vielfach angedroht. Erst die Praxis und neuerlich auch die Gesetzgebung vereinfachte die Anwendung der Todesstrafe und schied namentlich alle sog. Qualificationen derselben, welche auf Peinigung des Verurtheilten vor oder bei Erleidung der Todesstrafe abzweckten, allmälig aus[12]). Somit wird gegenwärtig die Todesstrafe in denjenigen teutschen Staaten, welche im Laufe der letzten Decennien eine Strafgesetzgebung erhalten haben, an Civilpersonen[13]) nur auf einerlei Art — in Oesterreich durch den Strang, in den übrigen teutschen Staaten durch Enthauptung, sei es mittelst Beiles oder Schwertes oder (was neuerlich mehr und mehr als geeignet erkannt wird) mittelst Fallbeiles oder Fallschwertes[14])) — und, mit wenigen Ausnahmen[15]), ohne irgend welche Schärfung vollstreckt. Nächstdem hat sich aber auch, im Gegensatze zu der bis auf neuere Zeit ausschließ=

---

6) Paul. Rec. Sent. V. 17. §. 3. V. 23. §. 15—17. L. 28. pr. §. 11. 12. L. 8. §. 1—3. D. 48. 19. de poenis. L. 6. pr. D. 48. 13. ad leg. Iul. pecul.

7) L. 9. D. 46. 9. de leg. Pomp. de parr. Der Verbrecher wurde in Gemeinschaft mit gewissen Thieren in einen Sack genäht und dann ertränkt.

8) Eigenthümlich war auch der bisweilen vorkommende Gebrauch, daß der Kaiser aus Gnade dem Verbrecher die Wahl der Todesart und die Selbsttödtung überließ. L. 8. §. 1. D. 48. 19. de poen.

9) Wilda, Strafrecht d. Germ. I, S. 499.

10) Wilda a. a. O. S. 500 flg. u. das. die Quellenstellen.

11) Z. B. Reißen mit glühenden Zangen. Dergleichen Schärfungen finden sich übrigens nicht blos auch in dem älteren teutschen Rechte, z. B. L. fris. add. III. t. 12., sondern auch im röm. Rechte, wo die Geißelung der Execution vorherzugehen pflegte.

12) Was noch als qualificirte oder geschärfte Todesstrafe in einigen gleich zu erwähnenden Gesetzgebungen besteht, ist ein beschimpfender, kein peinigender Zusatz zu derselben.

13) An Militärpersonen gleichfalls fast allgemein durch Erschießen.

14) Letzteres im Großh. Hessen seit 1841, im Königr. Sachsen seit 1853, in Bayern seit 1854. — Vgl. über diese Art der Hinrichtung N. Jahrb. f. sächs. Strafr. Bd. 7, S. 278 flg.

15) In Hannover kommt als Schärfung der Todesstrafe Schleifung auf der Kuhhaut zur Richtstätte, in Bayern Ausstellung am Pranger vor. Hann. CGB. Art. 9. Bayer. StGB. Art. 6. S. jedoch bayer. Ges. v. 18. Nov. 1849 Art. 4.

lich geltenden Ansicht, daß der Vollziehung der Todesstrafe volle Oeffentlichkeit gegeben werden müsse, gegenwärtig die Auffassung von der Zweckmäßigkeit der Hinrichtung vor einem beschränkten Zuschauerkreise — sog. Intramuranvollziehung [16]) — Bahn gebrochen [17]).

Mit der Vereinfachung der Todesstrafe ging die allmälige Beschränkung der Fälle ihrer Androhung in den neueren Gesetzgebungen Hand in Hand [18]), nachdem schon früher durch Begnadigung wenigstens die Vollziehung derselben auf ein geringeres Maaß als das der Verurtheilungen zu solcher, zurückgeführt worden war. Aber nicht blos die Reduction, sondern die völlige Abschaffung der Todesstrafe kam in den bekannten humanistischen Bestrebungen in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in Anregung und es hat sich seit dieser Zeit der Streit über die Rechtmäßigkeit oder doch Zweckmäßigkeit der Todesstrafe im Gebiete der Rechtsphilosophie auf verschiedenen Grundlagen bewegt, ohne zu einem definitiven Abschlusse gelangt zu sein [19]). Der praktische Einfluß dieser Erörterungen zeigte sich in der Gesetzgebung mit wenigen Ausnahmen [20]) nur limitirend, durch Minderung der Fälle der Androhung der Todesstrafe und Vereinfachung ihrer Vollziehung; durchgreifender, wenngleich ohne nachhaltigen Erfolg, wirkte der Umschwung der öffentlichen Meinung im J. 1848, infolge dessen und namentlich nach Maßgabe der Frankfurter „Grundrechte" in mehreren teutschen Staaten die Todesstrafe abgeschafft oder wenigstens ihre Vollziehung unterlassen ward: eine Aenderung, welche jedoch nur von vorübergehendem Bestande war [21]).

B. Körper- oder Leibesstrafen. Sie sind [22]) entweder verstümmelnde, oder entstellende, oder schmerzzufügende.

Wir finden bei den Römern die ersteren beiden, insbesondre die Brandmarkung, auch noch in der Praxis der Kaiserzeit [23]); gesetzlich

16) S. hierüber N. J. f. sächs. Strafr. a. a. O. S. 288 flg

17) In Preußen StGB. §. 8, in Schwarzburg-Sondersh. Ges. v. 13. Aug. 1847 §. 22, ferner in Würtemberg, Sachsen-Altenburg u. auch in der kgl. sächs. StPO. v. 11. Aug. 1855 Art. 426.

18) Die Geschichte der Todesstrafe nach dieser Richtung hin ist noch nicht umfassend erörtert. Nur für zwei teutsche Staaten existiren zur Zeit hierüber nähere Untersuchungen: für Preußen von Burchardi und Davidson in Schletter's Annalen d. Criminalr. XXVIII, 217 flg. u. für das Großh. Hessen von Bopp, im Archiv d. Criminalr. N. F. 1855 S. 397 flg.

19) Die neueste Ausführung in Verb. mit summarischer Kritik der hervorragendsten Ansichten giebt Köstlin, System I, S. 444 flg.

20) Insbes. vorübergehend in Oesterreich u. Toscana.

21) So z. B. im Großh. Hessen, Aufhebung der Todesstrafe durch Ges. v. 11. April 1849, Wiedereinführung im J. 1852. S. Bopp, im Archiv d. CrR. a. a. O. Ebenso in Würtemberg wieder eingeführt durch Gesetz v. 17. Juni 1853, in Baden durch Ges. v. 5. Febr. 1851.

22) Nach einer guten Classification bei Bluhme, Strafrecht S. 32, die hier noch etwas erweitert ist.

23) Sie wurden von Justinian bis auf das Handabhauen aufgehoben. S. die Stellen bei Heffter, Lehrbuch §. 123.

bestand im neueren römischen Rechte nur noch die körperliche Züchtigung in der Gradation a) der flagellatio, Geißelung, häufig mit anderen Strafen verbunden, als selbstständige Strafe nur bei Sclaven und b) die fustigatio, Stockstreiche, auch gegen Freie niederen Standes[24]). In reichem Maaße finden sich die Leibesstrafen, und zwar in den verschiedensten Abstufungen in dem älteren germanischen Strafrechte[25]), und haben sich in der Praxis und den Gesetzen des teutschen Mittelalters in ähnlichen Varietäten fortgepflanzt[26]). Die neuere teutsche Gesetzgebung hat nur die dritte Gattung dieser Kategorie, die schmerzzufügenden Leibesstrafen und zwar theils als Schärfungen von Freiheitsstrafen (Hungerkost, hartes Lager, Dunkelarrest), theils auch als selbstständige Strafe beibehalten. Gegen die letztere hat man sich in der Wissenschaft vom Standpunkte der Moral und der Criminalpolitik vielfach erklärt[27]) und es ist dieselbe auch in vielen teutschen und außerteutschen Staaten neuerlich abgeschafft[28]), besteht aber zur Zeit in Oesterreich, Sachsen[29]) und Hannover.

C. Freiheits- und Arbeitsstrafen. Bei den Römern sind drei Klassen dieser Strafen zu unterscheiden: 1) Sclaverei, servitus poenae, mit der Wirkung gänzlicher Rechtlosigkeit und des Verlustes des Vermögens an den Staat[30]). Sie war eine Folge der Verurtheilung zum Tode und trat demnächst ein in Verbindung mit folgenden Strafen: a) metallum, Bergwerksarbeit mit Fesseln, b) opus metalli, Bergwerksarbeit ohne Fesseln, c) ministerium metallicorum, Dienste in den Bergwerken, eine Strafe für Frauenspersonen; sämmtlich blos gegen Personen niederen Standes und in der Regel auf Lebenszeit erkannt[31]). Hierzu kommt d) damnatio ad ludum venatorium vel gladia-

24) L. 7. 10. pr. 28. §. 2—5. D. de poen. (48. 19.).

25) Wilda, Strafr. d. Germ. S. 507 flg., darunter auch die Entmannung und die Decalvation.

26) Insbesondre kam die Stäupung in Verb. mit Landesverweisung vor, s. unten C.

27) Am neuesten dagegen Abegg, in dem N. J. f. f. StR. Bd. VIII, S. 16 u. Arnold, im Archiv d. Criminalr. N. F. 1854, IV, S. 548 flg., mit guten statistischen Nachweisen. Eine Zusammenstellung der Hauptargumente gegen dasselbe in Friedreich's Bemerk. zum bayer. Strafgesetzentw. (Erl. 1855) S. 34 flg.

28) Uebersicht derselben bei Köstlin, Strafrecht I, S. 450.

29) Ohngeachtet das Maximum von 90 Streichen, welches in Sachsen dermalen gesetzlich zulässig war, im neuen sächs. Strafgesetzbuche v. 11. Aug. 1855 auf 60 herabgesetzt ist, geht die sächs. Gesetzgebung gleichwohl in Bezug auf die Ausdehnung der Anwendung dieses Strafübels noch immer am weitesten.

30) L. 12. D. 49. 14. de iur. fisc. L. 8. §. 4. D. 28. 1. qui test. fac. poss. §. 3. J. I. 12. qu. mod. i. p. solv. Verschieden davon war das Verfallen in Sclaverei einer bestimmten Person (im Gegensatze zu dem servus sine domino). Nach der gewöhnlichen Ansicht ist die servitus poenae bis auf den Verlust der Civität durch Nov. 22. cap. 8. aufgehoben worden, s. jedoch Marezoll, über die bürgerl. Ehre S. 31 flg.

31) L. 28. pr. L. 8. §. 4—10. D. de poenis (48. 19.) L. 4. C. eod. IX. 47.

torium, Verurtheilung zum Kampfe mit wilden Thieren oder mit Gladiatoren, mit der Aussicht auf Begnadigung durch das Volk nach wiederholtem glücklichen Ausgange des Kampfes[32]), eine Strafe, die jedoch zu Justinian's Zeiten wenig mehr im Gebrauch gewesen zu sein scheint[33]). — 2) Verlust der Civität, verbunden mit Vermögensconfiscation[34]). Sie trat ein a) bei dem opus publicum perpetuum, einer nur für personae humiliores gebräuchlichen Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten[35]), b) bei der — an die Stelle der früheren aquae et ignis interdictio[36]) tretenden — deportatio, lebenslänglicher Verbannung auf eine Insel[37]), blos bei honestioribus vorkommend. — 3) Freiheitsstrafen ohne Verlust des Vermögens (soweit dieser nicht besonders ausgesprochen wurde) und der bürgerlichen Rechte: a) opus publicum temporarium[38]); b) relegatio, auch exilium[39]), eine bald temporäre bald lebenslängliche Ausweisung aus einem Orte, und zwar entweder Verweisung aus einer Stadt oder Provinz (interdictio certorum locorum) oder Verstrickung (Confination) an einen bestimmten Ort (interdictio omnium locorum praeter certum), in der Regel einer Insel; c) carcer, einfaches Gefängniß, eine in der Regel wenigstens nicht lebenslänglich und höchstens bei Sclaven zu erkennende, jedoch in der Praxis auch ausgedehnter angewandte Strafe[40]).

Es ergiebt sich aus Vorstehendem theils, daß bei den Römern das System der Freiheits- und damit verbundenen Arbeitsstrafen schon mannigfach nach Schwere und Art gegliedert, theils daß darin auch die Ehren- und Rechtsverhältnisse in verschiedenen Abstufungen getroffen waren. Während im Gegensatze hierzu in dem germanischen Strafrechte der älteren Zeit die Freiheitsstrafen nur in Sclaverei und Verbannung — neben denen wohl nur als Product römisch-rechtlicher Einflüsse das Gefängniß vorkam — bestanden[41]), und auch in der späteren

---

L. 4. C. de bon. proscr. (IX. 49.) Wurden diese Strafen ausnahmsweise nur auf gewisse Zeit erkannt, so trat servitus poenae nicht ein. L. 28. §. 6. D. de poen. (48. 19.)

32) L. 8. §. 11. 12. D. de poen. (48. 19.) Coll. leg. Mos. et Rom. 17. 7.

33) Cod. Theod. tit. de gladiat. (15. 12.) Vgl. Heffter, Lehrbuch §. 122.

34) L. 17. § 1. D. de poen. (48. 19.) L. 1. pr. D. de poen. damn. (48. 20.) L. 8. §. 1. D. qui test. fac. poss. (28. 1.) §. 1. J. I. 12. qu. mod. i. pot. solv.

35) L. 17. §. 1. D. de poen. (48. 19.) L. 1. c. 1. 3. 5. C. eod. IX. 47.

36) §. 2. J. 1. 16. de cap. damn. L. 8. §. 1. D. 28. 1. qui test. fac. poss.

37) S. Wächter, Lehrb. §. 167, Not. a.

38) L. 8. §. 7. 8. D. de poen. (48. 19.)

39) Der Ausdruck exilium bezeichnet aber auch im weiteren Sinne alle, auch die oben gedachten härteren Verweisungsstrafen.

40) L. 8. §. 9. L. 35. D. de poen. (48. 19.) L. 6. C. eod. IX. 47.

41) S. Wilda, Strafr. d. Germ. S. 515 flg.

Zeit vorzugsweise nur Landesverweisung [42]), daneben Confination und nur bei geringen Straffällen auch Gefängnißstrafe, letztere jedoch nur als zeitliche Strafe [43]) in den teutschen Gesetzen vorkam, ergriffen seit dem Ende des 17. Jahrhunderts mehr und mehr die mit Arbeit, insbesondre in besonderen dazu eingerichteten Anstalten — Zuchthäusern, Spinnhäusern ꝛc. — verbundenen Freiheitsstrafen in Teutschland [44]) Platz. Das System dieser Freiheitsstrafen hat sich seitdem so ausgebildet und erweitert, daß es nicht blos die übrigen Strafarten, soweit sie nicht, wie die Leibes- und Ehrenstrafen und die Strafen an gewissen Rechten, damit zusammenhängen, wesentlich zurückgedrängt, sondern auch in den Partikulargesetzgebungen zu sehr verschiedenen Abstufungen der einzelnen Strafgattungen dieser Kategorie geführt hat. Im allgemeinen lassen sich — in den größeren mit neuen Gesetzbüchern bewidmeten teutschen Staaten — folgende Abstufungen unterscheiden: a) Kettenstrafe, in Bayern nur auf Lebenszeit, in Hannover und Braunschweig auch auf Zeit, in ersterem Lande mit bürgerlichem Tode, in Hannover mit Verlust der Standes- und Ehrenrechte, in Braunschweig mit dem der politischen und staatsbürgerlichen Privatrechte verbunden; b) Zuchthausstrafe, in Preußen, Bayern (Oldenburg), Sachsen, Hannover, Baden, Großh. Hessen, Braunschweig, Thüringen; allenthalben, mit Ausnahme von Bayern und Braunschweig, auch lebenslänglich, in Sachsen mit 2 Graden, deren erster der Kettenstrafe analog ist [45]) — verbunden mit dem Verluste mindestens der staatsbürgerlichen Ehrenrechte. – Anstatt der unter a und b benannten Strafen in Oesterreich Kerker 1. und 2. (schwereren) Grades, auf 6—20 Jahre. — c) Arbeitshaus in Bayern, Sachsen, Hannover, Baden, Thüringen, Correctionshaus in Großh. Hessen, Zwangsarbeit in Braunschweig, nie lebenslänglich, im Maximum 6—10 Jahre (nur in Hannover bis 1 Jahr), theils mit theils ohne Ehrenfolgen; d) Gefängniß in Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Würtemberg, Baden, Großh. Hessen, Braunschweig, Thüringen zum Theil in Gradationen nach der Dauer (Bezirks-, Amts-, Gerichts- und andererseits Kreis-, Landesgefängniß) mit sehr verschiedenem Maximum, das jedoch,

---

42) In verschiedenen Abstufungen s. Carpzov, Pract. qu. n. 13 flg. 55, häufig verbunden mit Pranger oder Staupenschlag (über letzteren s. Schletter's Ann. d. GR. XXXVII, S. 295).

43) Köstlin, Strafr. I, S. 464, Anm. 4. A. M. ist Heffter, Lehrbuch §. 131, Anm. 5.

44) Partikularrechtlich kam vereinzelt schon früher in Teutschland dergleichen Strafarbeitszwang vor; theils in Bergwerken, theils mittelst Abgabe (auch wohl Verkaufes) der Verbrecher auf Galeeren. Ueber letztere und zugleich über die Beschaffenheit der nominell in Sachsen 1572 eingeführten, aber niemals als solche vollzogenen Galeerenstrafe s. meinen Aufsatz in den Ann. d. GR. XXIV, S. 296 flg.

45) Nach dem neuen sächs. StGB. v. 11. Aug. 1855 Art. 11, jedoch gleichfalls nur in Einem Grade.

mit Ausnahme von Sachsen, 5 Jahre nicht übersteigt, ohne Ehrenfolgen, in der Regel ohne Strafarbeitszwang; — in Oesterreich Arrest in zwei Graden, bis zu 6 Monaten. — Bei allen diesen Freiheitsstrafen sind auch Schärfungen zulässig, welche, je nach der Gattung der Strafe oder Schuld und in den verschiedenen Ländern bestehen in Hungerkost, Dunkelarrest, Einzelhaft, hartem Lager, körperlicher Züchtigung, auch wohl Ausstellung. — Daneben Surrogat der Freiheitsstrafe oder derselben coordinirt: Festungsstrafe (Festungsarrest) in Bayern, Sachsen, Würtemberg, Baden, Großh. Hessen, Thüringen; Staatsgefängniß in Hannover; Einschließung in Preußen, — zum Theil im Wege der Begnadigung und jedenfalls milder als die Freiheitsstrafe, an deren Stelle sie tritt; ferner Handarbeitsstrafen in Sachsen und Thüringen, als Surrogat des Gefängnisses; endlich körperliche Züchtigung in Oesterreich, Sachsen und Hannover (s. oben unter B.), Landesverweisung (bei fremden Vagabonden und Bettlern) in Bayern, gleichfalls statt Gefängnisses.

Alle vorgedachten Freiheitsstrafen (soweit sie nicht in einfacher Gefängnißstrafe bestehen) werden jedoch in sehr verschiedener Art zur Anwendung gebracht[46]. Nachdem nämlich das ältere principlose Zuchthaussystem fast überall in Teutschland gegenwärtig verlassen ist, haben unter dem Einflusse der desfallsigen Reformen in Nordamerika, England und Frankreich, auch bei uns Verbesserungen in der Vollziehung der Freiheitsstrafen stattgefunden; jedoch sind dieselben weder nach gleichen Grundsätzen durchgeführt, noch stimmen selbst die einzelnen obgedachten Strafabstufungen (Zuchthaus, Arbeitshaus rc.) in ihrer Schwere und Art in den einzelnen Ländern mit einander überein. Im allgemeinen kann man indeß zur Zeit — insoweit überhaupt die bei diesem Zweige der Strafrechtspflege angewendeten Grundsätze bekannt sind, was rücksichtlich mancher Staaten gar nicht der Fall ist — folgende Systeme als in Teutschland geltende ansehen. 1) Das Pönitentiarsystem oder System der Einzelhaft, auch, nach seinem Ursprunge, das pensylvanische System genannt. Dasselbe, im Westen Europa's (England, Frankreich, Belgien) bereits in ausgedehntem Gebrauch, ist in

46) Die Lehre von der Anwendung der Freiheitsstrafen (der theoretische Theil der sog. Gefängnißkunde) gehört, meines Dafürhaltens, vollständig in das Strafrecht, sowie schon wiederholt (s. insb. Röllner, die teutschen Juristen rc. S. 289) die Praxis des Gefängnißwesens dem Ressort der Justizpflege vindicirt worden ist; denn die Strafvollstreckung bildet einen integrirenden Theil des Strafrechtes. Nur unter Festhaltung und Durchführung dieses Grundsatzes ist es möglich, die großen Fortschritte der Wissenschaft und der ausländischen Praxis im Gefängnißwesen unserer Rechtspflege zu Gute zu machen, — ein Bedürfniß, auf welches schon seit Jahren, obgleich vergeblich, von den gründlichsten Kennern der ersteren hingewiesen worden ist. S. außer Röllner a. a. O. insbes. Varrentrapp, in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 1854 I, S. 169 u. Mittermaier, im Arch. d. CR. N. F. 1854 III, S. 337 flg.

Preußen in einigen Strafanstalten, neuerlich auch in Baden[47]), eingeführt. Es beruht auf dem Grundsatze vollständiger physischer Isolirung der Gefangenen, zu welchem Zwecke allerdings ganz besondere Gefängnißbaue erforderlich sind. 2) Das sog. gemischte System, auch Genfer System, welches das vorgedachte Princip der Isolirung mit dem, gleichfalls aus Nordamerika datirenden, Auburn'schen System verbindet und in dieser Verbindung zuerst in Genf und Lausanne angewendet ward, von da aber in Frankreich und Teutschland — insbesondre in Bayern, Würtemberg, Sachsen — mit verschiedenen Modificationen und meist nur beschränkt Anwendung fand. Das Auburn'sche System hat zum Princip: absolute Schweigsamkeit zur Verhütung jeder Verständigung und Mittheilung der Gefangenen untereinander, welche des Tages gemeinschaftlich arbeiten, des Nachts aber isolirt schlafen. 3) Das sogen. Socialsystem oder Obermayer'sche System, welches in Bayern theilweise eingeführt worden ist[48]), und vorzugsweise auf Besserung durch humane Mittel abzweckt. Alle diese Systeme haben allerdings den Besserungszweck der Strafe im Auge, den man, nach Verwerfung des einseitigen Gesichtspunktes der Besserungsstrafe[49]), jetzt immer allgemeiner als den Hauptzweck der Strafvollstreckung erkennt[50]). Allein eines Theiles sind die Ansichten über die Vorzüge des einen oder des anderen dieser Systeme noch mannigfach getheilt. Die meisten Vertheidiger hat in neuerer Zeit das Pönitentiarsystem gefunden: nicht nur ergeben die Erfahrungen außerteutscher Länder günstige Belege für dasselbe, sondern es haben sich auch auf den Congressen wegen Gefängnißreform (in Frankfurt 1846 und in Brüssel 1847) die anerkanntesten Autoritäten dafür ausgesprochen und ebenso sind in Teutschland jetzt die Stimmen sachkundigster Männer wenigstens für eine modificirte Anwendung desselben[51]). Andererseits begnügt man sich auch mehrerseits mit dem sog. gemischten Systeme und ebenso findet das, nur vereinzelt angewendete, Obermayer'sche System auch Seiten Sachkundiger große Anerkennung[52]). — Anderen Theiles ist nicht zu verkennen, daß eine ausschließliche Anwendung des einen oder anderen Systems keineswegs für alle Arten der Freiheitsstrafen und ebensowenig für alle Klassen von Sträflingen sich eignet. Diese letztere — subjective — Seite, welche bei der Strafanwendung in Betracht zu ziehen ist, hat

---

47) Füeßlin, das neue Männerzuchthaus in Bruchsal, Carlsr. 1854. — Dasselbe ist nach dem Muster des bekannten Penotnville-Gefängnisses in England eingerichtet.

48) Obermayer, Anleit. z. Besserung der Verbrecher, 1835.

49) Röder, zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, Heid. 1846.

50) Mittermaier, Archiv des Criminalr. N. F. 1855 I, S. 99.

51) Als neueste Zeugnisse dafür mögen angeführt werden: Abegg, in dem N. J. f. S. StR. VIII, S. 16. Mittermaier, Archiv des Criminalr. N. F. 1855 I, S. 99. IV, S. 489.

52) v. Herrmann, Amtl. Beitr. z. Stat. v. Bayern H. 4, Vorr.

erst neuerlich größere Beachtung gefunden[53]); insbesondre wird von dieser Seite aus darauf gedrungen, die jugendlichen Verbrecher und die Rückfälligen, jede verschiedener und getrennter Strafdisciplin zu unterstellen. Diesem, hier nur in den allgemeinsten Umrissen dargestellten, Stande der Wissenschaft gegenüber hat die Gesetzgebung und Praxis im allgemeinen sich bisher passiver verhalten, als im Interesse der Strafrechtspflege zu wünschen gewesen wäre. Man hat in den meisten Staaten vielmehr nur der überaus bedenklichen Steigerung der Zahl der Sträflinge durch Schärfung und Reduction der Strafen entgegenwirken zu müssen geglaubt[54]), so daß die eigentlichen, auf Besserung gerichteten Tendenzen, welche dem Pönitentiar- und dem Socialsysteme zu Grunde liegen, dadurch noch zu wenig umfassender Geltung gelangt sind. Nicht übersehen darf hierbei endlich noch werden, daß mit dieser Reform des Strafsystems die, gegenwärtig nur Vereinen überlassene und sehr unvollkommen wirksame, Fürsorge für entlassene Sträflinge in engem Zusammenhange steht.

D. Ehrenstrafen, entweder die Ehre aufhebende oder nur dieselbe schmälernde[55]).

Bei den Römern standen die Ehrenstrafen in einem sehr ausgebildeten Verhältnisse zu den übrigen Strafen. Im allgemeinen knüpfte sich consumtio existimationis an alle Capitalstrafen, minutio existimationis an alle übrigen wegen eines Criminalverbrechens verhängten Strafen, mit Ausnahme der admonitiones oder comminationes und der Geldstrafen[56]). Im älteren teutschen Rechte zog die Friedlosigkeit Vernichtung aller bürgerlichen Rechte nach sich, während Schmälerungen der Ehre daneben nur selten vorkommen; dagegen bildete sich im Mittelalter das Institut der Recht- und Ehrlosigkeit als eine Ehrenstrafe aus, welche infolge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen oder zu gewissen Strafen eintrat. Die neueren teutschen Gesetzgebungen kennen nun — abgesehen von dem ganz singulären Vorkommen des sog. bürgerlichen Todes[57]) — blos Ehrenschmälerungen in verschiedenen Graden, und zwar theils als nothwendige Folgen gewisser Strafarten,

---

53) Vgl. Köstlin, Strafrecht I, S. 436 flg.

54) So ganz neuerlich im Würt. Ges. v. 14. April 1855. (S. Schletter, Jahrb. f. Rechtsw. II, 1, S. 87.) — Gegen Schärfungen beim Pönitentiarsystem insbes. Füeßlin, die Beziehungen des neuen großh. bad. Strafges. z. Pönitentiarsystem, Karlsr. 1853.

55) Vgl. über Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbrechen und Strafen, Rostock 1845 u. oben Bd. III, S. 607 flg. (Mit Rücksicht auf letzteren Aufsatz ist das Geschichtliche hier nicht näher erörtert.)

56) Ueber die infamia — welche übrigens keineswegs blos als Folge strafrechtlicher Verurtheilungen erscheint — sowie über damit verwandte Rechtsbegriffe s. insbes. Marezoll, über d. bürg. Ehre. Vgl. Wächter, Lehrbuch I, S. 175 flg.

57) Bayer. (u. Oldenburg.) Gesetzb. Art. 7. — Die Vorschrift des §. 27 des österr. StGB. ist nicht (wie Marezoll, Criminalrecht 3. Aufl. S. 160, Anm. 1, anzunehmen scheint) hierher zu ziehen, da der zum Tode oder schwerem Kerker verurtheilte Verbrecher nach jenem §. nur als ein Curande im Sinne

theils als selbstständige, meist zugleich als Vermögensstrafen sich darstellende Strafen (wie Dienstentsetzung, Entziehung des Rechtes zu gewissem Gewerbsbetrieb ꝛc.), woneben noch als bloße, die Ehre berührende, aber nicht schmälernde Strafe der Verweis vorkommt.

E. Geldstrafen. Die Confiscationen des ganzen Vermögens, welche bei den Römern zum Theil schon als Folgen der Verurtheilung zu einer Capitalstrafe vorkamen und auch in den älteren germanischen Rechtsquellen als ausdrückliche Strafe[58]) anerkannt werden, hatten sich in letzterer Eigenschaft bis auf neuere Zeit herab wenigstens theilweise erhalten, sind aber jetzt in Teutschland allgemein verworfen. Dagegen treten Confiscationen einzelner Vermögenstheile sowohl als Geldstrafen in verschiedenen Abstufungen nach den neueren Gesetzgebungen ein. —

III. Verhältniß der Strafen zu einander[59]). Die Frage über das Verhältniß der Strafen zu einander kann sowohl zu dem Zwecke erhoben werden, um daraus die Schwere der Verbrechen, auf welche sie gesetzt sind, zu erkennen, als auch, um in Fällen der Strafverwandlung oder behufs der Strafzumessung die angemessene, dem Gesetze entsprechende Strafe zu finden. So lange die Gesetzgebung vorzugsweise absolute Strafen bestimmte, trat daher die praktische Bedeutung dieses Verhältnisses sehr zurück und es ist hieraus jedenfalls auch zu erklären, daß die Quellen des römischen[60]) wie des gemeinen teutschen Rechtes[61]) nur wenig Näheres hierüber an die Hand geben. Gewisse allgemeine Grundsätze lassen sich hier nun zwar aus der Natur der Sache erkennen, insbesondre die Stellung der Todesstrafe als schwerster, der Geldstrafen, auch des Verweises, als leichtester Strafen. Allein über die zwischen beiden inneliegenden Strafarten: die Freiheits-, Ehren- und Leibesstrafen, haben nicht blos die Ansichten der Gesetzgebung und Praxis im Laufe der Zeit sehr gewechselt, sondern es hat auch bis auf neuere Zeit an

des allg. bürg. GB. erscheint und nicht blos im allgemeinen erbfähig, sondern auch beschränkt erwerbsfähig bleibt. S. Hye, Commentar S. 426 flg.

58) Ueber den Zusammenhang der Einziehung des Vermögens mit der Friedlosigkeit s. Wilda a. a. O. S. 288 flg.

59) Zu neuest hat insbes. Marezoll das Verdienst, diesen Punkt in seinem Criminalrechte §. 41 mehr als sonst geschieht, hervorgehoben zu haben.

60) Im römischen Rechte läßt sich folgende Gradation annehmen: Strafe der furca und des Feuers — damnatio ad bestias u. culeus — damnatio ad metallum — opus metalli — deportatio in insulam u. damnatio in opus publicum perpetuum — relegatio perpetua in insulam — relegatio perpetua ohne Confination — relegatio temporaria. S. die Stellen bei Wächter, Lehrbuch I, §. 104.

61) Nach der C. C. C. kann man nur für die verschiedenen Arten der Todesstrafe als Abstufungen ansehen: Verbrennen, Lebendigbegraben mit Pfählen, Viertheilen — Rädern — Strang — Schwert. Doch scheint Strang und Schwert nach gemeinem teutschen Rechte einander gleichzustehen; auch ist das Säcken nicht als qualificirte Todesstrafe, sondern nur als bei Frauenspersonen anwendbare Todesstrafe anzusehen. S. Marezoll, Criminalrecht 3. Aufl. S. 165, N. 2 und 3.

bestimmten Grundsätzen dieses betreffs fast gänzlich gefehlt[62]). Je mehr nun die Freiheitsstrafen — früher dem Range nach die letzten — in ihrer modernen Ausbildung, insbesondre in ihrer Gestaltung als Arbeitsstrafen und ihrer Verbindung mit Ehren- auch wohl Leibesstrafen als accessorischen Strafen, den Vorrang vor allen übrigen Strafarten — die Todesstrafe selbstverständlich ausgenommen — erlangten, wurde schon hierdurch jene Frage auf ein engeres, darum aber auch schwieriger zu beurtheilendes Gebiet begrenzt[63]). Noch mehr trat aber die praktische Wichtigkeit dieser Frage hervor, seitdem die neueren Gesetzgebungen dem richterlichen Ermessen einen so weiten Spielraum gewährten und daneben, außer der Wahl verschiedener Freiheitsstrafen in verschiedener Dauer, auch noch vielfach die Wahl nicht minder verschiedener Schärfungen derselben dem Richter gestatteten.

Was nun die teutschen Gesetzgebungen in neuerer Zeit anlangt, so zeigt sich hierin freilich wesentliche Verschiedenheit. Zwar lassen sich wohl die Abstufungen der verschiedenen Arten der Freiheitsstrafen (s. oben II. C.) in der Hauptsache deutlich erkennen, allein der verschiedene Werth, welchen die einzelnen Gesetze den einzelnen Arten beilegen, hebt jene Abstufung wiederum theilweise und nicht unwesentlich auf. Indeß lassen sich doch, wenn man von der Verschiedenheit der Benennungen der einzelnen Strafarten in einzelnen Staaten absieht, in der Mehrzahl der Gesetzgebungen der größeren teutschen Staaten drei Hauptstufen der Freiheitsstrafen in bestimmt normirtem Werthsverhältniß zu einander unterscheiden und es wird sich bei Vergleichung derselben zeigen, daß auch die Nüancen dieses Verhältnisses nicht so bedeutend sind, als man vielleicht bei der gedachten Mannigfaltigkeit im Strafsystem glauben sollte. Die nachstehende Uebersicht — in welcher Oesterreich und Bayern wegen gänzlichen, Großh. Hessen wegen theilweisen Mangels darauf abzielender Bestimmungen in dem Strafgesetzbuche[64]) ausgeschlossen bleiben mußten — wird dies darlegen. Unterscheiden wir nämlich als:

Erste Hauptstufe: in Preußen, Sachsen[65]), Würtemberg[66]), Baden und Thüringen: Zuchthaus — in Hannover Kettenstrafe;

62) Daß das neben einander Androhen verschiedener Strafen in den Quellen des gemeinen Rechtes keineswegs immer für eine Gleichstellung anzusehen sei, hat schon Wächter, Lehrbuch I, S. 185 sehr richtig bemerkt.

63) So war es z. B. in Sachsen lange Zeit streitig, welches Maaß der Zuchthausstrafe, ob 4- oder 10jährige, poena morti proxima sei.

64) Das großh. hessische StGB. bestimmt in Art. 107 blos das Verhältniß der Zuchthausstrafe auf das Doppelte der Correctionshausstrafe.

65) In dem zur Zeit noch geltenden sächs. Criminalgesetzbuche sind zwei Grade der Zuchthausstrafe angenommen, während das neue StGB. v. 11. Aug. 1855 nur Einen Grad der Zuchthausstrafe kennt. Die Werthsbestimmung, welche bei Sachsen unten unter a bemerkt ist, ist die des bisherigen, auf dem Ges. v. 30. Juli 1846 beruhenden Rechtes, und es ist insofern Zuchthausstrafe zweiten Grades zu verstehen; die unter b bemerkte ist die des StGB. v. 11. Aug. 1855.

66) Das Würt. StGB. normirt in Art. 30 das Verhältniß des Zuchthauses

Zweite Hauptstufe: in Preußen Gefängniß — in Sachsen, Würtemberg, Baden und Thüringen Arbeitshaus — in Hannover Zuchthaus;

Dritte Hauptstufe: in Preußen Einschließung — in Sachsen, Baden, Thüringen Gefängniß — in Hannover Strafarbeit — in Würtemberg Kreisgefängniß;

so ergeben sich — nach Monaten berechnet — folgende Werthsverhältnisse der einzelnen Stufen in den genannten Staaten:

		I.	II.	III.
Preußen 67)		$5^1/_3$	8	12
Sachsen	a	4	6	12
	b	$5^1/_3$	8	12
Hannover 68)		$5^1/_3$	8	12
Würtemberg	a	5	6	12
	b	4	4	12
Baden 69)		$5^1/_3$	8	12
Thüringen 70)		6	8	12

Man ersieht hieraus, daß Preußen, Sachsen (nach der neueren Gesetzgebung), Hannover und Baden in dem Principe der Gradation: „die nächsthöhere Strafe beträgt $^2/_3$ der nächsttieferen Strafe“ — das man auch so ausdrücken kann: „die Intensität der höheren Strafstufe absorbirt die Hälfte der Dauer der nächstniedrigeren Strafe“ — übereinkommen. Nur eine geringe Modification erleidet das Princip in dem thüring. Strafgesetzbuche, indem dasselbe dort blos rücksichtlich des Verhältnisses der 2. zur 3. Stufe gilt, während das der 1. zur 2. Stufe nicht, gleich jenem, auf $^2/_3$, sondern auf $^3/_4$ gestellt ist. Am abweichendsten stellt sich Würtemberg dar, welches den höheren Strafstufen neuerlich eine überwiegend größere Intensität beilegte.

Eine größere Verschiedenheit zeigt sich in der Bestimmung des Verhältnisses von Geld- zu Gefängnißstrafen. Sieht man hier davon ab, daß manche Gesetzgebungen das Werthsverhältniß des Geldes zur Gefängnißstrafe nur nach Maximum und Minimum bestimmen, dem Richter die Wahl innerhalb dieser Grenzen gestattend, und veran-

zum Arbeitshause dahin, daß 5 Monate Z. = 6 Mon. A. sein sollen. Durch Ges. v. 14. April 1855 ist aber bestimmt, daß, unter Verschärfung der Freiheitsstrafen, Arbeitshaus dem Zuchthause gleichstehen, in's Künftige aber nur je $^2/_3$ der bisherigen Dauer bemessen werden soll. Der Bestimmung des StGB. entspricht unten die Angabe bei a, der des letzteren Gesetzes die Angabe bei b unter Würtemberg.

67) Art. 16 des StGB.

68) Art. 227 der StPO.

69) Art. 165 des StGB.

70) Art. 10 des StGB. — Hiermit übereinstimmend Art. 54 des Altenb. CGB.

schlagt man dieses so bestimmte Werthsverhältniß nach dem Durchschnittsbetrage jenes Spielraums, so ist gleichgestellt Ein Tag Gefängniß

in Preußen[71]) (1 — 3 Thlr.) 2 Thlr.,
in Sachsen[72]) (1/3 — 1 Thlr.) 2/3 Thlr.,
in Hannover[73]) 1 Thlr.,
in Oldenburg (10 Thlr. = 8 T.) 1 1/4 Thlr.,
in Sachsen-Weimar, -Gotha, -Meiningen und Schwarzburg[74]) theils (1/3 — 3 Thlr.) 1 2/3 Thlr., theils 1/2 Thlr.,
in Anhalt[75]) theils (1/3 — 10 Thlr.) 5 1/6 Thlr., theils 2/3 Thlr., und in Südteutschland:
in Bayern bisher[76]) (25 Fl. = 8 T.) 3 1/8 Fl., künftig[77]) 3 Fl.,
in Würtemberg[78]) (1 — 4) 2 1/2 Fl.,
in Baden[79]) (1 — 4) 2 1/2 Fl.,
in Coburg[80]) theils 1 Fl., theils (1/2 — 5 Fl.) 2 3/4 Fl.

Gleichermaßen ist auch in den Staaten, welche körperliche Züchtigung als Strafmittel kennen, das Verhältniß desselben zur Gefängnißstrafe, und ebenso das Verhältniß der geschärften zu der einfachen Freiheitsstrafe sowie das der verschiedenen Schärfungen zu einander festgestellt[81]).

IV. **Wirkungen.** Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Wirkungen der Strafen — nicht der Strafrechtspflege im allgemeinen, sondern der einzelnen Strafarten — so müssen wir uns hier allerdings umsomehr nur mit einigen allgemeinen Umrissen begnügen, als dieser, bis jetzt nur höchst beiläufig in den Bereich der Strafrechtswissenschaft gezogene Punkt noch in vielen Beziehungen einer durchgebildeteren Grundlage bedarf, als ihm die Criminalstatistik in ihrem jetzigen Zustande zu geben vermag. Indeß geht doch aus dem bisher vorliegenden Material schon Einiges mit ziemlicher Gewißheit hervor, selbst wenn man den statistischen Aufstellungen im übrigen manche Mängel beizumessen Ursache haben mag. Als zuverlässiges Beobach-

71) Art. 17.
72) Art. 20 u. 21 des GGB., verschieden je nachdem es sich um Verwandlung der Geld- in Gefängnißstrafe handelt oder umgekehrt.
73) Art. 29.
74) Art. 15 u. 16 des StGB. unter gleicher Verschiedenheit wie Sachsen.
75) Art. 15 u. 16 wie vorbemerkt.
76) Art. 35 des StGB.
77) Art. 25 des neuen Entw.
78) Art. 47.
79) Art. 162.
80) Art. 15 u. 16, wie bei Sachsen.
81) Wie wichtig eine genaue und klare Fassung der desfallsigen gesetzlichen Bestimmungen sei, zeigt der in Bayern über Art. 30 des StGB. neuerlich erhobene und vielfach discutirte Zweifel, s. Gerstner, über die Bestimmung der Strafdauer im Falle der Anwendung von Schärfungsmitteln, Erl. 1855.

tungsresultat ist nämlich, soviel die Todesstrafe anlangt, das abzunehmen, daß ihre häufige Androhung und Vollstreckung sowenig die schweren Verbrechen vermindert[82]) als ihre Aufhebung oder doch Nichtvollstreckung dieselben mehrt[83]). Soviel ferner die Freiheitsstrafen betrifft, so zeigen bekanntlich die Berichte fast aller Staaten eine so unverhältnißmäßige Vermehrung der Sträflinge, daß es wohl keinem Zweifel unterliegen kann, es sei dieselbe, selbst mannigfache andere Einflüsse abgerechnet, in der Hauptsache dem Ungenügenden der bisher befolgten Vollstreckungsart der Freiheitsstrafen zuzuschreiben. Es möge nur beispielsweise angeführt werden, daß in Preußen während der sechs Jahre 1848 — 1854 sich die Zahl der Zuchthausgefangenen geradezu verdoppelte[84]) und — um speciell von den Rückfälligen zu sprechen — daß in Sachsen in der sechsjährigen Periode von 1849 — 1854, während welcher die Gesammtbevölkerung um etwas über 21 Proc. stieg, die Zahl der rückfälligen Sträflinge sich um 97 Proc. vermehrte[85]). Angesichts solcher Thatsachen verdienen ohne allen Zweifel die Fragen über die Zweckmäßigkeit der verschiedenen, obbezeichneten, neueren Strafsysteme, welche allerdings nur sehr sporadisch und theilweise in den teutschen Strafanstalten bis jetzt Eingang gefunden haben, die Beachtung der Criminalisten in hohem Grade[86]). In nicht minderem Maaße gilt dies endlich rücksichtlich der Strafe der körperlichen Züchtigung, nachdem die in Bayern erhobenen genaueren amtlichen Ermittelungen eine positive Vermehrung der betreffenden Verbrechen während der Zeit der Giltigkeit jener Strafart, eine Verminderung derselben während ihrer Abschaffung nachgewiesen haben[87]). Schletter.

Subhastation. Auction. Versteigerung. Quellen: Außer den titt. Dig. u. Cod. de pign. act. et distr. pign., de re iudicata et executione rei iudic. u. w. d. a. vgl. Cod. Iust. VIII. 23. si in causa iudicati pignus capt. sit, X. 3. de fide et iure hastae fiscal., Cod.

---

82) v. Arnold, die Strafarten, im Archiv des Criminalr. N. F. 1854 IV, S. 543 flg.

83) Magg, statist. Bemerkungen über die Todesstrafe, in Schletter, Ann. d. CR. N. F. Bd. XXIV, S. 102 flg. Bopp, über die Wiedereinf. der Todesstr. im Großh. Hessen im Archiv d. CR. N. F. 1855 III, S. 404. Vgl. Mittermaier, über die Todesstrafe in dems. Archiv 1848 III, S. 408 flg.

84) Nach dem Commissionsberichte der zweiten preuß. Kammer über Reform des Strafsystems v. J. 1855.

85) Nach den Mitth. d. statist. Bûreau's des kgl. sächs. Min. d. Inneren v. J. 1855 Nr. 6.

86) Nach den vorliegenden Berichten ergeben allerdings die Anstalten des (Obermayer'schen) Socialsystems die wenigsten Rückfälle, z. B. die Besserungsanstalt in München 1842—45 nur 2½, 1842—1850 nur 1 Proc., die Strafanstalt in Kaiserslautern 6 Proc. Indeß ist bei desfallsigen Vergleichungen, namentlich ausländischer Angaben, die Verschiedenheit des Begriffes zu berücksichtigen, der mit dem Worte: Rückfall nicht selten verbunden wird.

87) v. Arnold, die Strafarten a. a. O. S. 549 flg.

Theodos. X. 17. de fide et iure hastae, ibique Iac. Godofredus (ed. Ritter, T. III. p. 509. sq.), Nov. 120. c. 6. (auth. Hoc ius, Cod. I. 2.) ibique Dion. Godofredus.

Literatur: Außer dem schon gedachten Commentar J. Godofred's ist als Hauptwerk nennenswerth Ludovici Postii (I. U. C. Parusini, Muceratae Picenique locum tenentis et illius Rotae auditoris, et praetoris) de subhastatione tractatus non superfluus sed necessarius et ad praxin aptatus, iunctis ad materiam decisionibus Rotae Romanae (Genevae 1652) u. daneben Iodoci Damhouder subhastationum compendiosa exegesis (Sell. tractt. in materia assecurationis et cautionis. Col. 1569. p. 350. sq.). Ferner: Ant. Matthaei, de auctionibus (Trai. ad Rh. 1653.) Io. Philippi, de subhastatione (Lips. 1688.) und Heinemann, die Subhastation nach rationalen und politischen Grundsätzen, nach gemeinen teutschen Rechten und nach großherzogl. sächsischen Gesetzen im Zusammenhalte mit d. k. sächs., preuß. u. franz. Proceßordnungen (Weimar 1832). Vgl. auch Mittermaier, bürgerl. Proc. III. 6.

Unter Subhastation im weiteren Sinne versteht man diejenige Veräußerung, die der Veräußerer nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung mit Mehreren verhandelt und mit demjenigen unter ihnen, der ihm die annehmlichsten Bedingungen stellt (das Meiste bietet), abschließt. In diesem Wege öffentlicher Versteigerung kommt am häufigsten der öffentliche Verkauf vor. Bei den alten Römern hieß derselbe, weil er vorher durch einen öffentlichen Anschlag bekannt gemacht wurde, proscriptio[1]), oder, weil die zu versteigernden, in dem öffentlichen Anschlage (proscriptio) benannten und vom Ausrufer (praeco) öffentlich ausgerufenen Sachen dem Meistbietenden (pretium augenti) zugeschlagen wurden, auctio[2]), oder, weil an dem Orte, auf dem Forum, wo der Ausrufer zum Kaufe einlud, eine Lanze (hasta) aufgepflanzt war und der Verkauf selbst sub hasta geschah, subhastatio[3]). Daher die Redeweisen: tabulam proscriptionis s. auctionariam praeferre; tabulam s. auctionem proscribere, praedicare, proponere; bona hastae subiicere; sub hasta vendere, venum dare, venire, venale ponere, veno ponere; hastam in foro ponere et bona voci praeconis subiicere; ad hastam publicam accedere; subhastare[4]). — Beute und namentlich auch con-

1) Theophilus, paraphr. III 12. (13.) ict. Cod. VIII. 28. c. 4., VII. 53. c. 3.

2) Cic. Rosc. Am. c. 8. (vendere constituta auctione). Paulus lib. 54. ad Ed. in Dig. 41. 4. pro emt. L. 2. §. 8. (emere ex auctione).

3) Valentinian., Theodos. et Arcad. Cod. IV. 44. de resc. vend. c. 16. (Cod. Theodos. X. 17. c. 3.). Die hasta war nämlich symbolum imperii und daher nicht nur da, wo die Magistrate und Centumvirn (hasta centumviralis) zu Gerichte saßen, sondern auch da, wo dieselben Versteigerungen vollziehen ließen, aufgestellt.

4) Brissonius, de V. S. v. hasta. Ruperti, röm. Alterthumskunde I, §. 29.

fiscirte Güter wurden gewöhnlich an den Meistbietenden verkauft; der Käufer hieß hier (weil Er es war, der die immer nur im ganzen versteigerten und zugeschlagenen Sachen hinterher erst wieder vereinzelte, vertrödelte, distrahebat, secabat), sector und nach ihm der öffentliche Verkauf selbst auch sectio[5]).

Der gewöhnliche Fall ist, daß Pfänder versteigert und hypothecirte Grundstücke an den Meistbietenden verkauft werden, um die erforderlichen Mittel zu Befriedigung gewisser Ansprüche zu gewinnen; obwohl die Versteigerung überhaupt und die Subhastation insbesondre Veräußerungsformen sind, welche nicht selten auch bei anderen Sachen sowie zu anderen Zwecken und in anderer Contractgestaltung zur Anwendung gebracht werden. So werden also auch unverpfändete Sachen, überhaupt Gegenstände aller Art, körperliche und unkörperliche, sub hasta veräußert. Es wird aber auch, wo es sich nicht um den Verkauf dieser Sachen oder um ihre gänzliche Entäußerung, sondern nur um deren Vermiethung, Verpachtung oder Verdingung handelt, die Form der Versteigerung angewendet. So kam schon bei den Römern sehr häufig eine locatio vectigalium[6]) sowie die Verpachtung fiscalischer und städtischer Grundstücke[7]) per locationem vor und heutzutage sind auch Versteigerungen von Bauten, Lieferungen oder anderen opera an den Mindestfordernden sehr gewöhnlich.

Ueberhaupt läßt sich die Subhastation und Versteigerung folgendermaßen eintheilen:

I. eigentliche und uneigentliche Versteigerung, je nachdem es auf ein wirkliches Steigern oder mehr und mehr geschehendes Aufsteigen der Gebote für die feilgebotene Sache bis zum Meistgebote oder im Gegentheile auf ein Mindern der Gebote bis auf ein Mindestgebot abgesehen ist;

II. eigentliche sog. Subhastation und Auction, je nachdem

---

5) Eine sehr merkwürdige sectio war diejenige, welche Marcus Aurelius anstellte, um die nöthigen Mittel zum pannonischen Kriege zu gewinnen. Instrumentum regii cultus, facta in foro Traiani sectione, distraxit: vasa aurea, pocula crystallina et murrhina, uxoriam et suam sericam et auream vestem, multa ornamenta gemmarum. Ac per duos continuos menses ea venditio habita est multumque auri redactum. Post victoriam tamen emtoribus pretia restituit, qui reddere comparata voluerunt. Eutropius VIII. 13. cf. Capitolinus, in Marco, c. 17.

6) Hierüber s. d. Paulus S. R. V. 12. §. 12. (Schulting p. 482.) und in Dig. 39. 4. de publ. L. 9. folgende merkwürdige Bestimmung: locatio vectigalium, quae calor licitantis ultra modum solitae conductionis inflavit, ita demum admittenda est, si fideiussores idoneos et cautionem is, qui licitatione vicerit, offerre paratus sit. Heinemann, Subh. §. 44, will dies analog auch bei jeder anderen Versteigerung gelten lassen.

7) Honorius et Theodos., Cod. XI. 70. de loc. praed. civil. v. fiscal. c. 3. — Daher auch reditus hastae supponere bei Ovid. ex Ponto IV. 9. v. 45.

der Gegenstand eine unbewegliche, resp. den Immobilien gleichstehende, oder eine bewegliche Sache ist[8]);

III. gerichtliche und außergerichtliche Versteigerung. — Die außergerichtliche Versteigerung ist allemal eine freiwillige[9]), die gerichtliche aber bald nothwendig, d. h. gesetzlich geboten, bald freiwillig. Nur die gerichtliche Versteigerung pflegt Subhastation genannt zu werden. Die Subhastation ist also

A. eine nothwendige, d. h. durch das Drängen und auf Antrag der Gläubiger, im Concurs oder außerhalb desselben (ausgeklagter Schulden halber), gebotene und verfügte, nach einer besonderen gesetzlichen Subhastationsordnung vorzunehmende, Versteigerung: nothwendige oder Zwangs-Versteigerung im engeren Sinne[10]);

B. eine durch andere Umstände gesetzlich gebotene, vom Eigenthümer, resp. Miteigenthümer selbst oder Namens desselben herbeigeführte, ihm zum Besten gereichende, Versteigerung; sie ist

1) geboten durch das Verlangen a) der vormundschaftlichen Administrationen nach bestmöglicher Verwerthung des ihnen anvertrauten (Pupillen- und Curenden-, Staats-, Kirchen-, Stiftungs- und Commun-) Vermögens oder auch b) mehrerer in Vermögensgemeinschaft lebender Interessenten nach Versilberung und Theilung eines naturaliter nicht oder nicht füglich theilbaren Gutes: sog. subhastatio voluntaria ad indagandum verum rei pretium;

2) herbeigeführt durch den bloßen Wunsch eines (dispositionsfähigen) Privateigenthümers nach bestmöglicher Verwerthung eines zu seinem Vermögen gehörenden Gutes: freiwillige Versteigerung, subhastatio voluntaria propria[10a]).

Die Versteigerungen unter B. 1 werden oft zu den nothwendigen

---

8) In Thracien wurden auch Weiber subhastirt, wenn sie heurathen wollten. Nupturae non parentum arbitrio transeunt ad maritos, sed quae prae aliis specie valent, subhastari volunt et, licentia taxationis admissa, non moribus nubunt, sed praemiis. Solinus X. 4.

9) Sie wird oft einem Notar übertragen und so giebt es denn auch eine notarielle Versteigerung. Osterloh behauptet, dieselbe dürfe nicht „Subhastation" genannt werden (ord. bürgerl. Proc. §. 364, N. 4) und allerdings hat diese Meinung wenigstens einen etymologischen Grund.

10) Nur dann, wenn der Schuldner allein — obgleich durch das Drängen seiner Gläubiger dazu getrieben — die Subhastation beantragt, geschieht dieselbe in den Formen und mit den Wirkungen der freiwilligen; tragen aber Beide, Gläubiger und Schuldner zugleich, auf die Subhastation an, so ist dieselbe eine nothwendige und die bloße Zustimmung des Schuldners macht sie noch keineswegs zur freiwilligen. Biener, Proc. §. 222. not. 3.

10a) Man kann auch sagen: die Versteigerung ist entweder 1) nothwendig, d. h. auf Zwang, welchen der Gläubiger gegen seinen Schuldner gebraucht, beruhend, oder 2) gesetzlich, d. h. auf gesetzlicher Verfügung, der sich alle Interessenten zu unterwerfen haben, basirend, oder 3) willkürlich, resp. vertragsmäßig, d. h. auf Disposition eines Einzeleigenthümers oder auf der freien Vereinigung mehrerer Miteigenthümer beruhend. — Es

Versteigerungen gerechnet [11]). Sie sind es auch wirklich, wiefern man unter nothwendiger Subhastation eine Veräußerung versteht, die in der Form der Versteigerung vorgenommen werden muß. Da dies aber nur die (oft erst contractlich festgestellte) Form der freiwilligen Versteigerung zu sein braucht und solche Versteigerungen auch nur die Wirkung der freiwilligen Versteigerung haben, so passen sie im wissenschaftlichen Systeme auch nur unter die Rubrik der freiwilligen Subhastation [11a]), die allemal nur um das Beste des Eigenthümers zu fördern geschieht, während die nothwendige zunächst das Beste der Gläubiger bezweckt.

Der nächste und hauptsächliche Gegenstand unserer Betrachtung ist

A. die nothwendige Subhastation.

Mit einem guten Hypothekensysteme, welches den öffentlichen und Privatcredit fest begründet und das gemeine Wohl in vieler Hinsicht befördert, hängt das Institut der Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung genau zusammen, da diese nichts geringeres als die Sanction und praktische Ausführung jenes Systems ist [12]). — Nach älterem römischen Rechte mußte jedes Pfand öffentlich verkauft und versteigert werden; diese proscriptio publica kam aber unter den späteren Kaisern ab und war unter Justinian eine kaum noch gekannte Antiquität [13]).

1) Beim Verkaufe der Güter im ganzen nach ausgebrochenem Concurse hatte die Obrigkeit zwar noch den Verkauf zu bewilligen, keineswegs aber denselben zu besorgen, sondern den immittirten Gläubigern und dem magister bonorum vendendorum zu überlassen. Obwohl nun dieser Güterverkauf, die alte bonorum venditio, die Kraft und Bedeutung einer Universalsuccession unter Justinian verlor [14]), wie denn auch die dabei zu beobachtenden Feierlichkeiten und sonst vorkommenden Weiterungen, die uns Theophilus beschreibt [15]), nach und nach in Wegfall geriethen, so blieb doch die dem magister bonorum vendendorum von den immittirten Gläubigern überlassene Versteige-

---

gehört jedoch Nr. 2 entweder zu Nr. 1 (wie nach preußischem) oder zu Nr. 2 (wie nach gem. u. sächs. Rechte) und theilt dann auch dessen Förmlichkeiten und Wirkungen.

11) Postius, de subh. insp. 1. nr. 63—65.

11a) Hierdurch widerlegt sich der Einwand Heinemann's, Subh. §. 196, daß z. B. der Verkauf der Mündelgüter nothwendig durch Subhastation geschehen müsse und zum Theil selbst die Formen der nothwendigen Subhastation erfordere.

12) Bresseur, d. belgische Ges. v. 1854 über Zwangsvollstreckung an Liegenschaften, in der krit. Zeitschr. für Rechtsw. u. Gesetzgeb. des Ausl. XXVI, S. 285.

13) Iustinian. Cod. VIII. 34. de iure dom. imp. c. 3. pr.

14) Iustinian. Inst. 3. 12. de success. subh. pr.

15) Theophil. paraph. inst. l. c.

rung der Güter und ihrer addictio an den Meistbietenden[16]). Der Hergang dabei war folgender: Nachdem die Obrigkeit den Verkauf im ganzen gestattet und die Gläubiger immittirt hatte, schritten letztere durch ihren hierzu erwählten und bestellten magister bonorum vendendorum zur a) proscriptio bonorum, d. h. zur öffentlichen Bekanntmachung des bevorstehenden Verkaufes, mit einem, die Kaufbedingungen, namentlich die Procente, welche der Ersteher den Gläubigern zu gewähren verbindlich sein sollte, betreffenden Anhange, lex bonorum vendendorum. Ebenso wie diese proscriptio wurde auch b) die licitatio vom genannten magister geleitet, welcher endlich die so feilgebotene und erstandene Gütermasse c) durch addictio den Meistbietenden zuschlug[17]). — Als eine Vorfrage konnte hierbei erörtert werden, und der Schuldner hatte das Recht, auf dergleichen Erörterung (praeiudicium) anzutragen, ob der Verkauf giltig sei. Das mußte aber vor dem Verkaufe geschehen; denn war der Verkauf schon erfolgt, so durfte er nicht wieder rückgängig gemacht oder rescindirt werden[18]).

2) Zu dem Verkaufe der einzelnen Pfandstücke gelangt der Gläubiger a) nach geschehener Kündigung (denunciatio) sobald zwei Jahre abgelaufen, bei rechtskräftigem Urthel aber und demgemäß erfolgter pignoris capio oder immissio bereits nach Ablauf von zwei Monaten; doch müssen b) der Schuldner und die übrigen Pfandgläubiger[19]) von dem bevorstehenden Verkaufe, von Ort und Zeit desselben, noch besonders in Kenntniß gesetzt wird[20]), auch jede sonstige, etwa noch contractlich festgestellte Bestimmung vom distrahirenden Gläubiger genau beobachtet werden: Alles dieses bei Strafe der Nichtigkeit[21]), welche übrigens auch eintritt, wenn c) der verkaufende Gläubiger in Person oder durch einen Beauftragten die feilgebotene Sache selbst kaufen oder erstehen sollte. Denn er würde solchenfalls mit sich selbst contrahiren, was unmöglich ist[22]). Die Erstehung der feilgebotenen Sache durch den Gläubiger ist nach römischem Rechte nur dann gestattet, wenn das pignus in causa iudicati captum zum obrigkeitlichen Verkaufe gelangt[23]), wo also die Obrigkeit und nicht der Gläubiger verkauft,

---

16) Vinnius, Comm. ad Inst. l. c. Schweppe, RG. §. 591.

17) Paratitl. ad Cod. Theod. X. 3. (ed. Ritter. T. III. p. 509.)

18) Paulus, in Dig. 42. 5. de reb. auct. iud. poss. L. 29. Impp. Antoninus et Verus AA. rescripserunt, eos, qui bona sua negant iure venisse, praeiudicio experiri debere, et frustra principem desiderare rescindi venditionem. Paulus Dig. 42. 5. de reb. auct. iud. poss. L. 29. — Vgl. unten N. 244.

19) Wenn dieselben von der Distraction keine Kenntniß hatten, so wird dieselbe auch in Bezug auf ihre Pfänder für wirkungslos erachtet und es erlöschen dieselben durch den Verkauf nicht. Diocletian. et Maxim., Cod. VIII. 26. de remiss. pign. c. 6.

20) Alexander, Cod. VIII. 28. c. 4.

21) Schweppe, RPR. §. 331.

22) Diocletian. et Max., Cod. VIII. 28. de distr. pig. c. 10.

23) Alexander, Cod. VIII. 23. si in caus. iud. p. c. s. c. 2.

und Letzterer auch, wenn er mitbietet und ersteht, nicht mit sich selbst contrahirt. Ebensowenig kann d) der Schuldner das versteigerte Pfand erstehen, weil dasselbe seine eigene Sache ist [24]). Sollte er aber auch ausnahmsweise zum Mitbieten gelangt sein und das versteigerte Pfand durch ein Gebot, welches den Betrag der Schuld nicht erreichte, erstanden haben, so könnte er doch nur dann, wenn er das Fehlende zuschösse, zur Addiction gelangen [25]), oder mit anderen Worten, es wird von ihm nur ein solches Gebot, welches die Forderung seines Gläubigers deckt, angenommen. Uebrigens muß e) der verkaufende Gläubiger mit dem Erlöse die ihm vorgehenden früheren und vorzüglicheren Gläubiger, soweit sie noch unbefriedigt geblieben, nach der Reihenfolge befriedigen und davon nur den Rest zu Deckung seiner eigenen Forderung verwenden [26]). Zwar wird der frühere Gläubiger gewöhnlich eher zum Besitze des Pfandes gelangen als der spätere; allein wenn doch der gar leicht mögliche Fall eingetreten, daß der spätere vor den früheren sich in den Besitz des Pfandes gesetzt, so wird er solchenfalls nicht nur zur Veräußerung desselben berechtigt, sondern auch zu ordnungsmäßiger Befriedigung seiner Vorgänger verpflichtet oder für jede Verletzung ihrer Rechte verantwortlich. Nur f) beim pignus in causa iudicati captum war obrigkeitlicher, d. h. vom obrigkeitlichen Executor (exactor) besorgter, (nicht „gerichtlicher") Verkauf erforderlich [27]), der zwar gewöhnlich im Wege der Licitation zu geschehen pflegte [28]), aber nicht nothwendig so geschehen mußte, sondern auch aus freier Hand erfolgen konnte [29]). Bei dieser obrigkeitlichen Versteigerung aber wird es für statthaft erachtet, nicht nur daß die Gläubiger mitbieten, sondern auch daß sowohl sie als die Verwandten des Schuldners ein Vorzugs- oder Vorkaufsrecht vor den übrigen Mitbietern in Anspruch nehmen dürfen und zwar auch hier wiederum die Gläubiger den Verwandten vorgehen sollen; unter den Verwandten aber ist potior is, cui maior pecunia debetur [30]). g) Zu den Pflichten des Gläubigers, resp. der Obrigkeit, bei dem Verkaufe und der Versteigerung des Pfandes gehört vornämlich thunlichste Wahrung der Interessen des Schuldners und Pfandeigenthümers [31]); Collusionen des Käufers oder Erstehers mit dem Verkäufer haben Nichtigkeit des Verkaufes, andere Pflichtverletzungen

---

24) Papinian. Dig. 13. 7. de pign. act. L. 40. pr.

25) Papinian. l. c.

26) Diocletian. et Max., Cod. VIII. 19. qui potiores c. 8.

27) A. D. Pio rescriptum est, magistratus populi R., ut iudicum a se datorum v. arbitrorum sententiam exsequantur hi, qui eos dederunt. Ulpian. Dig. 42. 1. de R. I. L. 15. pr. cf. Cod. VIII. 23. c. 3.

28) Alexander, Cod. VIII. 23. c. 2.

29) Sintenis, PfR. S. 512.

30) Gaius, Dig. 42. 5. de reb. auct. iud. poss. L. 16.

31) Schweppe, RPR. §. 333.

aber nur Verbindlichkeit zur Entschädigung des Schuldners zur Folge[32]). Namentlich hat der verkaufende Gläubiger oder Magistrat den nach Abzug aller Forderungen vom Verkaufs- und Versteigerungserlöse verbleibenden Rückstand dem Schuldner zu überlassen und auszuantworten[33]). h) Der Käufer oder Ersteher aber ist verbunden, den Kaufpreis sogleich baar zu bezahlen: oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur[34]). Uebrigens hat sich der Ersteher nur an den versteigernden Verkäufer, den Gläubiger oder den Magistrat, nicht aber an den Eigenthümer der versteigerten Sache, den Schuldner, zu halten und von jenem sowohl die Ausantwortung der versteigerten Sache zu verlangen als auch an diesen den Kaufpreis zu entrichten[35]). k) Die versteigerte Sache wird durch die Versteigerung und Uebergabe an den Ersteher von den aufhaftenden Pfandrechten und der Schuldner von seiner Schuld (soweit nicht etwa ein Rest verbleibt) durch die vom Ersteher an ihn geleistete Zahlung des Licitum befreit[36]). l) Der Ersteher wird durch die an ihn erfolgte Ausantwortung des erstandenen Gegenstandes gerade so Eigenthümer desselben, als hätte er ihn vom Schuldner selbst erkauft, welcher eintretenden Falles auch Eviction prästirt[37]) und ein Wiedereinlösungsrecht steht letzterem gegen den Ersteher nicht zu[38]). Nur wenn der Verkauf oder die Versteigerung aus irgend einem Grunde mit Erfolg angefochten oder sonst ungiltig wurde, lebt das Eigenthum des Schuldners wieder auf (dominium ad debitorem revertitur) und ebenso das Pfandrecht des Gläubigers: in pristinam causam res redit resoluta venditione[39]). m) Nur ausnahmsweise, d. h. wenn Niemand auf die zum Verkaufe ausgebotene Sache bietet oder Niemand ein annehmliches Gebot thut, kann der Gläubiger α) das pignus in causa iudicati captum vom Richter in solutum, ohne daß er einen Rest zu fordern behält, noch einen Ueberschuß herauszugeben braucht[40]), β) Pfänder aller Art vom Landesherrn um ihre Taxe, dergestalt, daß er den Ueberschuß herausgeben muß, das Manco aber gut

---

32) Alexander, Cod. VIII. 30. si vend. pign. c. 3. VIII. 28. de distr. p. c. 7.

33) Ulpian. Dig. 13. 7. de pign. act. L. 24. §. 2.

34) Ulpian. Dig. 42. 1. de R. I. L. 15. §. 7. Vgl. auch Cod. VII. 53. c. 3. (unten N. 49).

35) Marcian. Dig. 20. 5. de distr. p. L. 7. pr.

36) Pomponius, Dig. 46. 3. de solut. L. 26. pr. Alexander, Cod. VIII. 20. c. 1. — Tabulae auctionariae sind allemal auch tabulae novae. Vgl. Cicero, in Catilinam II. 8.

37) Ulpian. Dig. 21. 2. L. 38. Postius, insp. 64. Ausnahmsweise ist der Gläubiger dazu gehalten, wenn er dolose agirte, im eigenen Namen verkaufte oder besonders dazu sich verpflichtete. Vgl. Vangerow, Pand. §. 380, S. 980 flg.

38) Diocletian. et Max. Cod. VIII. 20. si antiquior c. 2.

39) Paulus, Dig. 26. 6. L. 10. §. 1.

40) Ulpian. Dig. 42. 1. L. 15. §. 2.

behält, sich zuschlagen[41]), übrigens aber in beiden Fällen die so erworbene Sache vom Schuldner zwei Jahre lang, von Zeit des geschehenen Zuschlages an gerechnet, wieder einlösen lassen[42]).

3) Was insbesondre diejenigen Pfänder anlangt, welche fiscalischen Schuldnern abgepfändet wurden, so sorgten vorzüglich die Kaiser Valentinian I. und II. durch eine zweckmäßige Subhastationsordnung für hinlängliche Garantieen sowohl der Kaufs- und Eigenthumsrechte des Erstehers, welcher das sub hastae solennis arbitrio Addicirte perpetuo iure dominii er- und behalten sollte, so zwar, daß selbst Minderjährige, wenn sie förmliche Schuldner waren und ihre Güter subhastiren lassen mußten, dagegen nicht restituirt wurden und sogar kaiserliche Ausnahmsrescripte keine Giltigkeit hatten[43]), als auch den Interessen des thunlichst zu schonenden Schuldners. Denn um diesen so wenig als möglich zu drücken, namentlich aber um ihn gegen betrügerische Manipulationen der Executoren (exactores), welchen nicht nur die Abpfändung, sondern auch die Versteigerung der Pfänder vom Magistrate (nicht vom Richter[44])) überlassen wurde, in Schutz zu nehmen, sowie insbesondre schädliche Collusionen dieser Executoren mit den Kauflustigen und Erstehern vorzubeugen, wurde von Valentinian II. im J. 392 verordnet, daß vor der Subhastation das Pfand taxirt[45]) und dabei der Werth sowohl nach Beschaffenheit der Sache (ex rei qualitate) als auch nach ihrem Ertrage (ex redituum quantitate) angenommen werden, außerdem aber die Subhastation nichts gelten, sondern das ganze Kaufgeschäft aufgelöst sein solle[46]). — Hierzu kommt nun auch noch eine von Justinian wegen solcher debita fiscalia, welche Klöster und sonstige domus sacrae contrahirt hatten, erlassene Verordnung[47]), worin bestimmt wird, daß schriftliche Verkaufsanzeigen an den frequentesten Plätzen der Stadt 20 Tage lang aushängen sollen[48]), mit der Aufforderung an Alle: qui emere

41) Iustinian. Cod. VIII. 34. de iure dominii impetr. c. 3.

42) Iustinian. ibid. Thibaut, Pand. §. 651, übersieht den Unterschied zwischen pign. in c. i. c. und anderen Pfändern und spricht von einem Zuschlage des Pfandes per rescriptum principis in solutum a) nach Pandekten- und b) ad aestimationem nach Codexrecht. S. dagegen Puchta, Pand. §. 188 (Ed. 1). Vgl. aber auch Vangerow, Pand. §. 381, S. 983.

43) Valentinian. I. Cod. Iust. X. 3. c. 5. u. Cod. Theod. X. 17. c. 1. (ed. Ritter T. III. p. 509.) Dazu Iac. Godofredus. Vgl. auch Paulus, Dig. 42. 5. L. 29.

44) S. oben N. 27. Vgl. auch I. Godofr. l. c. not. i u. Schweppe, RG. §. 200.

45) Daß schon zu Solin's Zeiten, also im 3. Jahrh., die Taxe mit der Subhastation concurrirte, ergiebt sich aus der oben N. 8 angeführten Stelle: Solinus 10. 4.

46) Valentinian. II. in Cod. Iust. IV. 44. de resc. vend. c. 16. ict. Cod. Theod. X. 17. de fide et iure hastae c. 3. (ed. Ritter III. p. 511.) und dazu Iac. Godofr.

47) Nov. 120. c. 6. §. 2. cf. Auth. hoc ius, Cod. I. 2. de SS. eccl.

48) Schon Severus et Antonius, Cod. VII. 53. de executione rei iudicatae, c. 3, erwähnen beim pignus in causa iud. capt. „res soli, quae pignori datae sunt,

voluerint immobilem rem, ut, qui plus praebet, aliis praeponatur. His vero omnibus praecedentibus venditionem fieri pretio modis omnibus pro debitio dando, ut non aliter habeat emtor munitionem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur. (S. oben N. 34.) Si vero emtor huiusmodi rei non inveniatur, iubemus creditorem pro soluto eandem accipere, possessionis iusta et districta aestimatione facta et *addita in pretio decima parte universae aestimationis*[49]).

Hiernach gab es also schon in Rom ein gehörig ausgebildetes, obwohl noch sehr einfaches, Subhastationsverfahren[50]): es mußte nämlich, wenn der Gläubiger und namentlich der Fiscus nicht anders als durch Versilberung der verschuldeten Grundstücke des Schuldners zu seiner Befriedigung gelangen konnte, zuvörderst das vom Magistrate exequirte Grundstück gehörig (mit Rücksicht auf den wahren damaligen Werth) *taxirt* und dann dasselbe Obrigkeitswegen vom Executor mindestens *20 Tage lang durch öffentliche Anschläge feilgeboten*, schließlich aber *dem Meistbietenden gegen sofortige Baarzahlung*[50a]) des Meistgebotes, oder in Mangel eines Bieters, resp. eines erträglichen (der Taxe nahekommenden) Gebotes, *dem Gläubiger* und Impetranten *in solutum zugeschlagen* oder adjudicirt werden, in der Regel einfach nach dem Taxwerthe, beim Verkaufe geistlicher und piae causae gehöriger Güter aber so, daß der Gläubiger die Erhöhung der Taxe um den zehnten Theil derselben sich gefallen lassen mußte[51]).

Nach *altteutschen* Gewohnheiten[52]) und Rechten wurden nicht blos die fiscalischen und in causa iudicati genommenen Pfänder (welche schon in Rom unter Leitung des Magistrates zur Versteigerung gelangten), sondern überhaupt *alle Pfänder gerichtlich*[53]), d. h. unter Leitung des iudex rei sitae, ohne vorherige Taxation, durch den Frohnboten[54]), nicht sowohl mittelst schriftlicher Anschläge als vielmehr

---

diu subhastatas". Es geht daraus hervor, daß Justinian's 20tägige Frist nichts Neues, sondern nur das Minimum der auf die Bekanntmachung zu verwendenden Zeit ist.

49) Hierin hauptsächlich liegt das Besondere solcher Klostergutsversteigerungen; alles Uebrige scheint allgemeines Subhastationsrecht und hier nur ausführlich wiederholt oder vorausgeschickt zu sein.

50) Und man kann nicht mit *Heinemann*, d. Subh. §. 2, 4, 5, sagen, daß die römischen Gesetze für das Verfahren bei Subhastationen keine Bestimmung geben.

50a) S. oben N. 34.

51) *Baldus* ad Auth. Hoc ius Cod. de SS. eccl. *Accursius* aber in gl. ad h. l. interpretirt *addita* in pretio decima parte durch *remissa* 10. parte, um so den Gläubiger dafür, daß ihm die Sache aufgenöthigt wird, einigermaßen zu entschädigen.

52) U. *Tengler*, Laienspiegel, Straßb. 1518.

53) *Eichhorn*, teutsches PR. §. 188, N. c. RG. §. 450, 456, N. e, 576. J. *Weiske*, teutsches PR. nach d. Sachsensp. §. 36.

54) Oder durch einen besonderen Pfändner: Bayer. Landr. Ludwig's Tit. 17.

mittelst dreimaliger (von 14 Tagen zu 14 Tagen wiederholter) Ausrufung[55]) ausgeboten, (oder auch, was die Lande sächsischen Rechtes betrifft, drei Gerichte nach einander das Publicum erst im allgemeinen zum Bieten eingeladen, sodann aber, wenn ein Käufer kam und bot, dieses Gebot wieder drei Gerichte nach einander mit der Aufforderung zum Ueberbieten ausgerufen[56])) und schließlich die feilgebotene Sache demjenigen, welcher das Meiste dafür gab, zum Eigenthume überwiesen, auch diese Ueberweisung durch förmlichen Adjudicationsbescheid anerkannt und beurkundet. Sodann wurde mit dem vom Ersteher sofort zu erlegenden Erlöse dem Gläubiger das Liquidum berichtigt, dem Gerichte der Kostenbetrag abgestattet oder überlassen und schließlich dem Schuldner dasjenige, was übrig blieb, ausgeantwortet[57]). — Eigenthümlich ist diesem teutschen Subhastationsprocesse, außer der überall erforderten Gerichtlichkeit, namentlich auch der Mangel der obrigkeitlichen Taxe oder einer gewissen Scheu vor derselben[58]), ferner der Mangel der schriftlichen Bekanntmachung und statt deren der Gebrauch dreimaliger mündlicher Ausbietung durch den Gerichtsdiener. Uebrigens aber schloß sich auch das teutsche Subhastationsrecht sehr bald an das römische Verfahren an, wie die wiederholten Berufungen auf „die Kaiserrecht" deutlich genug zu erkennen geben[59]); man adoptirte namentlich die Bestimmungen über schriftliche Bekanntmachung und datio in solutum, vernachlässigte auch die Taxe weniger als sonst und stellte so mittelst Amalgamation römischer Rechtssätze und teutscher Gebräuche ein ziemlich brauchbares Subhastationsrecht her. — Durch die unbedingte und überall festgehaltene Gerichtlichkeit der Subhastation werden nicht nur die Gläubiger von der Last der Verantwortung, die ihnen nach römischem Rechte bei dem ihnen überlassenen Pfandverkaufe oblag, entledigt, sondern auch die Schuldner gegen leichtsinniges und betrügerisches Verfahren der Gläubiger bei jenem Verkaufe gesichert. Es gerathen daher verschiedene Weiterungen, die bei den Römern zu beobachten waren, wie namentlich die vorgängige Denunciation und die Wartefrist von 2 Jahren, bei uns ganz füglich in Wegfall, auch ist es keinem Gläubiger weiter verwehrt, bei der Versteigerung eines Pfandes als Mitbieter und Käufer aufzutreten. Der Richter tritt zwar gewissermaßen an die Stelle des zum Verkaufe berechtigten Gläubigers, und es ließe sich hiernach allenfalls wohl auch das Rechtsverhältniß bemessen, in welches sowohl der Ersteher als der Schuldner zu ihm, nachdem er jenem das erstandene Gut des Schuldners zugeschlagen und dagegen das zunächst dem Gläubiger zur Befriedigung dienende, quoad hyperocham aber dem Schuldner auszu-

---

55) Sachsensp. I, 53, 70. Freiburger Statuten d. ao. 1520 Fol. 27.
56) Anhang z. Sachsensp. ed. Zobel, Von Hülff und execution.
57) Angez. Anh. z. Sachsensp.
58) S. unten.
59) Angez. Anh. z. Sachsensp.

antwortende, Kaufgeld angenommen, tritt; der Richter erschiene demnach nicht blos als Procurator des Gläubigers, sondern zugleich auch als Defensor des Schuldners, wie denn ja schon nach römischem Rechte der Pfandgläubiger bei der distractio pignoris als Mandatar des Schuldners betrachtet wurde[60]) und daher bei dem Verkaufe des Pfandes mit allem Fleiße, soweit es nur immer mit seiner eigenen Sicherheit vereinbar war, darauf Bedacht nehmen mußte, das Interesse des Schuldners und bisherigen Eigenthümers der zur Distraction gedeihenden Pfandsache zu befördern (S. oben 2 g). In den meisten Fällen läßt sich jedoch dem Richter bei der nothwendigen Versteigerung eine dem Richteramte angemessene selbstständigere, unparteiische und mehr der eines gemeinschaftlichen Vormundes aller Interessenten als der eines bloßen Anwaltes einer Partei zu vergleichende Stellung anweisen sowie darnach seine amtliche Wirksamkeit beurtheilen[61]). — Uebrigens läßt sich wohl nicht leugnen, daß auf den oben kürzlich dargestellten römischen Grundlagen nun auch in Teutschland das Institut der Versteigerung oder **Vergantung** (incantatio[62])) sich aufgebaut, sodann aber durch Gewohnheit und Provinzialgesetzgebung sich weiter ausgebildet habe[63]). Man kann jedoch ein gemeinteutsches Subhastationsrecht beim Mangel aller dieses Institut betreffenden gemeingiltigen Reichsgesetze und namentlich bei den Lücken, die desfalls in den Reichsproceß- und Reichsexecutionsordnungen vorkommen, kaum anders aufstellen, als so, daß man, den Zweck, welcher der Subhastation als **Verkauf** einer Sache des Schuldners zum Besten des Gläubigers und als **Executionsmaßregel** gesetzt ist, fortwährend im Auge haltend, alle Bestimmungen des römischen Rechtes, die zur Förderung dieses Zweckes namentlich in den Titeln über distractio pignoris und hasta fiscalis gegeben wurden, nebst den von der Praxis überall und immer festgehaltenen Gewohnheiten zusammenstellt und, soweit sie sich mit der Gerichtlichkeit der teutschen Subhastation sowie mit den Grundsätzen des teutschen Civilprocesses vertragen, zu einer Theorie verarbeitet. Hiermit wird sodann passend die eine und andere neuere Legislation über Subhastation zu vergleichen sein.

Betrachten wir nun die **heutzutage** bei der Subhastation gemeinrechtlich geltenden Grundsätze, so ist hier zuvörderst ihr Begriff zu bestimmen, sodann aber überzugehen zur genaueren Betrachtung AA. ihrer

---

60) **Thibaut**, Pand. §. 631 (7. Ausg.).

61) Gut spricht sich hierüber aus **Postius**, de subhast. insp. 65. nr. 22.: Iudex utitur iure creditoris et auctoritate publica, dum suum officium impertitur creditori exsequenti; nec id est actorem repraesentare, sed partibus se **iudicem** exhibere.

62) **Du Cange**, Glossarium v. encantare, incantare.

63) A. M. ist **Heinemann**, die Subh. §. 1, 5, welcher dem RR. nur hin und wieder einen Einfluß auf die teutsche Subhastation zugesteht.

inneren Bedingungen und ihres inneren Wesens überhaupt, BB. ihrer äußeren Förmlichkeiten und CC. ihrer rechtlichen Wirkungen.

Nothwendige Subhastation ist der durch das Drängen der Gläubiger und im Wege gerichtlichen Zwanges herbeigeführte, vom competenten Richter nach gesetzlicher Ordnung und auf vorgängige öffentliche Ausbietung vorgenommene Verkauf einer dem Schuldner Gerichtswegen abgenommenen unbeweglichen oder den Immobilien gleichgeachteten Sache an den Meistbietenden. — Es gehört nun zuvörderst

AA. zu ihren inneren Bedingungen 1) ein gerechter Grund, 2) ein qualificirtes Object, 3) ein erwerbsfähiges Subject, 4) ein competentes Gericht. — Zu 1. Ein gerechter Grund ist, neben dem Dasein einer liquiden Forderung[64]) und eingetretener Mora auf Seiten des Schuldners, nur beim Mangel anderer Mittel für die Befriedigung des Gläubigers anzunehmen[64a]); doch kann der (Conventional=) Pfandgläubiger, ohne vorher andere dem Schuldner entbehrliche Sachen als den Pfandgegenstand der Execution zu unterwerfen, sich gleich anfänglich an das Pfand halten und dessen Versteigerung verlangen[65]). Uebrigens wurde schon bei den Römern dem inclementer augere ius hastae adversus inopes[66]) entgegengearbeitet und dieser Grundsatz auch in den teutschen Executionsordnungen nicht unbeachtet gelassen (s. unten). In neuester Zeit aber zeigt man sich mehr dafür geneigt, dem Gläubiger freie Hand zu lassen und ihn so wenig als möglich bei der Wahl der Mittel zu seiner Befriedigung zu beschränken. — Zu 2. Qualificirte Objecte sind in der Regel nur Grundstücke in commercio[67]), sowie überhaupt solche, deren Veräußerung ein rechtliches Hinderniß nicht entgegensteht[67a]). Subhastationsfähig sind jedoch auch noch die Zubehörungen oder Pertinenzen der Grundstücke, z. B. Windmühlen, ferner selbstständige Mobilien, welche den Immobilien gleichgeachtet werden, z. B. nach sächsischem Rechte[68])

---

64) Ihr steht gleich der Antrag der Ortsobrigkeit zum Zwecke der Wiederherstellung ruinirter oder baufälliger Gebäude nach preuß. Rechte (Allg. Landr. I, 8, §. 38, 62) sowie behufs des Wiederanbaues verlassener und verödeter Grundstücke nach sächs. R. (Generalrescript v. 30. Mai 1763).

64a) Ulpian Dig. 42. 1. de R. I. L. 15. §. 2. In venditione pignorum captorum primo res mobiles animales pignori capi iubent etc.

65) Marcian. Dig. 20. 5. de distr. pig. L. 8. Frider, Consultat. Sax. I. qu. 18.

66) Tacitus, Annales XIII. c. 28.

67) Ausgeschlossen sind also z. B. Begräbnißplätze und Synagogen. Pr. Cabinetsordre v. 26. Octbr. 1840. — Zulässig ist jedoch nach sächs. Rechte die Subhastation der Erbstühle und Betstuben in Kirchen (v. Weber, KR. II, S. 662) sowie nach Analogie derselben die Subhastation der Erbbegräbnisse. (Ders. ebd. S. 681, N. 63.)

67a) Ueber die Frage, ob nur in solche Grundstücke mit der Hilfsvollstreckung (und Subhastation) verfahren werden könne, an welchen dem Schuldner das Civileigenthum zusteht, vgl. Roux, in der sächs. Zeitschrift I, S. 501 und Friedensburg, Subhastationsverf. §. 5.

68) Ges. v. 26. Octbr. 1834.

Schiffmühlen, nach preußischem Rechte[69]) Schiffe (wenn bei der Verpfändung Naturalübergabe nicht erforderlich), endlich Gerechtigkeiten, deren Ausübung nicht von dem Besitze eines Grundstückes abhängt, aber auch nicht an die Person des Berechtigten gebunden ist, wie Apotheken, Bäckereien u. dergl.[70]). — Zu 3. Ein gehörig qualificirtes Subject kann sich bei der Subhastation auch durch einen mit Specialvollmacht versehenen Procurator vertreten lassen[71]). Zu den Subjecten, welche bei der Subhastation sich mit zu betheiligen berechtigt sind, können weder dispositions- und zahlungsunfähige Leute, noch der Schuldner, noch die subhastirenden Richter und Gerichtspersonen gerechnet werden. Denn die Zulassung der letzteren würde gegen das gemeine Gesetz streiten, daß kein Beamter das, was seiner besonderen Obhut und Amtsverwaltung anvertraut ist, bei Verlust des betreffenden Gegenstandes und bei Strafe an sich kaufen darf, dafern er nicht besondere Erlaubniß seiner Vorgesetzten dazu eingeholt hat[72]). Jedenfalls ist es bei derjenigen Gerichtsperson, welche den Versteigerungstermin leitet und den Zuschlag expedirt, bedenklich, sie zum Mitbieten und Erstehen, sei es in eigener Person oder in der Person eines Mandatars, zu lassen, indem es ganz in ihrer Hand liegt, durch einen schnellen Zuschlag das feilgebotene Gut um ein Billiges zu erwerben und andere Bieter am Weiter- und Ueberbieten zu hindern. Daß ferner der Schuldner zum Bieten nicht gelassen werden kann[73]), ist um deswillen natürlich, weil er es nur im Mangel von Geld zur Subhastation kommen ließ, derselbe Mangel aber auch den Richter, ihn zum Licitiren zuzulassen, abhalten muß; sodann aber auch, wenn er ausnahmsweise doch Geld haben und so seinen Gläubiger zu befriedigen im Stande sein

---

69) Ver. v. 4. März 1834.

70) Sächs. Ges. v. 6. Novbr. 1843 §. 14. Preuß. Ges. v. 26. Octbr. 1834 §. 1.

71) Postius, de subh. insp. 32. nr. 43. Cedirt der nicht legitimirte Procurator nach der addictio sein Erstehungsrecht an den Mandanten, so tangirt diese Cession die Gläubiger nicht, wenn sie dieselbe nicht agnosciren; und selbst die Agnition des Subhastationsrichters soll ihnen nicht präjudiciren. (Biener, Proc. §. 225. obs. 1.) Hier wird vorausgesetzt, daß die Zulassung solcher Kaufsinteressenten, die sich erst nach dem Termine melden, jenseits der Befugnisse des Richters liegt.

72) Marcian. Dig. 18. 1. de contr. emt. L. 46. A. M. sind Philippi, de subh. c. 3. comm. 8., Biener, proc. §. 224. — Uebrigens ist die bei Marcian angedrohte Strafe des Quadruplum bei uns in die dem Mißbrauche der Amtsgewalt angedrohte Criminalstrafe umzuwandeln. — Vgl. endlich noch Valentinian. I., in Cod. Theodos. VIII. 15. de iis quae administrantibus c. 5.: Si qui ex his medio muneris sui tempore vel privatim aliquid emisse vel publice detegetur, in irritum gesta revocentur, comparatores autem contra interdicta non modo his, quae per se ipsos vel per aliam fuerint emta personam, sed etiam ea pecuniae taxatione, quam dederint, exuantur. Cf. I. Godofred. ad h. l. (ed. Ritter, II. p. 671.)

73) Heinemann, die Subh. §. 179. A. M. ist Postius, insp. 32. nr. 49.

sollte, der Richter dasselbe ihm abnehmen und auf diese Weise dem Gläubiger Befriedigung verschaffen, von der Subhastation aber ganz absehen müßte. — ad 4. Competent für die Versteigerung ist nur der Iudex rei sitae[74]), und es muß daher derselbe nicht nur dann, wenn die betreffenden Grundstücke dem Proceßrichter nicht untergeben sind, von letzterem wegen der Subhastation besonders angegangen und diese ihm überlassen werden, sondern es muß solches wiederum auch der Subhastationsrichter bei solchen Pertinenzen, die unter andere Jurisdiction als die der Hauptsache gehören, gleichmäßig beobachten, es müßte denn ein Anderes desfalls hergebracht oder speciell vorgeschrieben sein. Doch kann der Iudex pertinentiarum dem Richter der Hauptsache die Subhastation der Pertinenzen füglich mit überlassen. — Ist nun diesen vier Bedingungen genügt, so stellt sich die Subhastation als eine wirkliche emtio-venditio dar, die jedoch, um ihr inneres Wesen vollends zu enthüllen, noch einer weiteren Betrachtung bedarf.

Haben wir also bei der Subhastation einen Kauf anzunehmen, so müssen auch die in der Theorie der emtio-venditio geltenden Regeln auf die Subhastation angewendet, doch darf dabei die Natur der Subhastation als eines gerichtlichen Executionsmittels nicht außer Acht gelassen und sonach jene Kaufcontractstheorie nicht weiter als sich dies mit dem Zwecke der Execution überhaupt und der Subhastation insbesondre verträgt, angewendet werden. Zweck der Subhastation aber ist 1) dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen, 2) den Schuldner dabei thunlichst zu schonen, 3) dem Ersteher einen sicheren Erwerb zu garantiren; und man sucht dazu am besten durch die fides hastae, d. h. dadurch zu gelangen, daß man allem Unterschleife und Betruge wehrt[75]), vom Anfange bis zu Ende rechtschaffen und ehrlich zu Werke geht, dabei aber doch durch alle erlaubte Mittel (wie namentlich geraume Zeit fortgesetzte und in weiten Kreisen verbreitete Bekanntmachung ꝛc.) zu einem recht hohen Kaufpreise zu gelangen sucht und diesen behufig verwendet, sowie endlich dem Käufer gesicherten Besitz und Eigenthum der erkauften Sache verschafft[76]). Die fides hastae ist also der Inbegriff der Garantieen, welche die gesetzliche Ordnung allen bei der Subhastation Betheiligten, namentlich durch obrigkeitliche Taxe, öffentliche geraume Zeit fortgesetzte Bekanntmachung, Zulassung blos solventer Bieter und Zuschlag an den Meistbietenden[77]), gewährt. Von einem Vorzuge des Bestgebotes kann nach gemeinem Rechte schon deshalb keine Rede sein, weil dieses Recht so-

---

74) Postius, de subh. insp. 16. nr. 15—20.

75) Ne sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur, nec possessionibus, viliore pretio distractis, plus exactor ex gratia, quam debitor ex pretio consequatur. Cod. IV. 44. c. 16.

76) Postius, de subh. insp. 1. nr. 53—61.

77) Nov. 120. c. 6. §. 2.

fortige Baarzahlung verlangt[78]) und etwas besseres als ein sofort baar gezahltes Meistgebot sich nicht denken läßt[79]). — Als handelnde Personen treten bei der Subhastation auf: der Richter als Verkäufer und der Ersteher als Käufer. Hinter dem Richter steht zunächst der Gläubiger, welcher ehedem den Verkauf der dem Schuldner abgenommenen Sache selbst zu besorgen hatte, gegenwärtig aber dem Richter überlassen muß, und hinter dem Gläubiger wiederum steht, als dessen Auctor, der Schuldner und Eigenthümer der subhastirten Sache. Ueber diese dem Gläubiger verpfändete und zur Befriedigung überwiesene Sache nun schließt auf Veranlassung und Antrag der berechtigten Gläubiger der Richter mit dem Ersteher den Kauf um das durch Licitation erzielte Meistgebot (unter den soeben gedachten Voraussetzungen) ab. Der Contract ist perfect, sobald die beiderseitige Einwilligung wegen Erwerbung und Ueberweisung der Sache durch das Gebot des Erstehers und den Zuschlag des Richters erklärt ist[80]). Einer weiteren Förmlichkeit bedarf es dabei nicht; namentlich bedarf es keines Hammer- oder Glockenschlages, nicht des Abbrennens einer Kerze oder des Auslöschens eines Lichtes, obgleich solche Zeichen des zur Perfection gediehenen Geschäftes und Vertragabschlusses (ebenso wie unter anderen Umständen der Handschlag) zweckmäßig und gewöhnlich sind. Der Zuschlag, addictio, ist die vom Richter gegebene Erklärung, daß die Versteigerung beendigt und der Verkauf abgeschlossen sei; und es soll derselbe, wie Einige wollen, nicht eher füglich eintreten können, als bis der Impetrant oder Ausbringer der Subhastation ausdrücklich oder stillschweigend, entweder sofort im Bietungstermine oder binnen kurzer, vom Richter ihm dazu zu setzender, Frist das fragliche Gebot angenommen und mit dem Zuschlage sich einverstanden erklärt oder ihm doch nicht widersprochen hat[81]). Das gemeine Recht weiß jedoch hiervon nichts, sondern weist den Richter, dessen Vormundschaft (s. oben) alle Interessenten sich zu fügen haben, lediglich an die der fides hastae als Stütze dienende gesetzliche Subhastationsprocedur und Ordnung[82]). Da nun, so lange der Zuschlag noch nicht

78) Dig. 42. 1. L. 15. §. 7. Nov. cit.

79) A. M. ist Postius, insp. 35. nr. 203.

80) Eine falsche Vorstellung ist die bei Postius, de subh. insp. 37, wenn er annimmt, daß schon durch das bloße Ausbieten der Sache zur Licitation (ohne Zweifel weiter nichts als eine bloße Einladung zur Mitbetheiligung bei der Subhastation) der Verkäufer eine bereits auf die Schließung des Contractes abzielende Willenserklärung abgegeben habe (venditor obligari videtur ad vendendum ex ipsa ad hastam expositione) und nun das vom Bieter darauf gesetzte Gebot den Contract zum Abschluß bringe. Vielmehr stellt der Bieter blos eine Offerte, die der Annahme noch bedarf. Vgl. die unten (N. 204) citirte Meyer'sche Schrift S. 85.

81) Heinemann, die Subh. §. 46. Denn creditor impedire potest, ne venditio fiat, et iam coeptam suspendere. Cf. Postius, de subh. insp. 34. nr. 157.

82) Nur wenn der Ersteher wegen Zahlung des Kaufpreises Credit ver-

erfolgt ist, sondern Gebote noch angenommen werden, bloße Kaufsverhandlungen stattfinden, keineswegs aber in dem bloßen Gebote schon ein bindendes Versprechen vorliegt, so muß der Licitant zum Rücktritt, namentlich dann, wenn er solchen ausdrücklich erklärt[83]), berechtigt und kann, besonders wenn das Subhastationspatent darauf lautet, daß der Zuschlag an den Meistbietenden geschehen soll, sobald er mit einem höheren Gebote übersetzt worden, an sein eigenes Gebot nicht weiter gebunden sein[84]). Dies liegt in der Natur des Kaufcontractes, die bei der Subhastation nie außer Augen gelassen werden darf. Die hierdurch in die Subhastation bisweilen kommende Unsicherheit[85]) läßt sich leicht abwenden, wenn nur zahlungsfähige Bieter zum Licitiren gelassen werden[86]) und dieselben eine Caution erlegen, oder wenn es gleich zur Licitationsbedingung gemacht wird, daß Jeder so lange, bis das Gericht seine Erklärung über die Annahme des Gebotes gegeben, an sein Gebot gehalten sein und dem Gerichte die Auswahl unter den Licitanten zu gestatten haben soll. — Enorme Verletzung ist bei der Subhastation ausgeschlossen. Zunächst wird das remed. ex l. 2. C. de resc. vend. dem Ersteher verweigert[87]), und nur auf Seiten der Gläubiger oder sonstiger, dem Ersteher gegenüberstehender, Interessenten könnte noch von Zweifeln über Zu- oder Unzulässigkeit der rescissio ob laesionem enormem die Rede sein. Allein der Zuschlag geschieht an den Meistbietenden und die fides hastae, welche über Alles geht, schließt auch die Beschwerde über enorme Verletzung aus[88]). Was dagegen die

---

langt, würde der Richter den Impetranten erst zu hören haben. — Von Ausfertigung und Publication eines besonderen Zuschlagbescheids weiß das gemeine Recht nichts.

83) Postius, insp. 34. nr. 21—23. Uebrigens aber behauptet derselbe: licitator non liberatur sola ulteriore licitatonis oblatione, sed illi secuta ad iudicatione. Insp. 34. nr. 189. Wo jedoch nicht mit Vorbehalt der Auswahl unter den Licitanten, sondern schlechthin an den Meistbietenden verkauft wird, scheint diese Ansicht kaum haltbar.

84) Ebenso nach Code de procedure art. 707.

85) Heinemann §. 178, N. 2.

86) Mit Recht bemerkt Damhouder c. 4. nr. 8. 18.: in licitationibus priorem licitatorem per posteriorem liberari certum est, si solvendo sit. Wo also, wie in der Ordnung, nur solvente und tüchtige Licitanten zugelassen werden, da darf man annehmen, daß der frühere Bieter durch das spätere Uebergebot eines Nachfolgers liberirt wird und die Auswahl unter den Licitanten umsoweniger sich von selbst versteht, je gewöhnlicher es ist, die Kauflustigen einfach mit der Zusage des Zuschlages an den Meistbietenden zum Kaufe aufzufordern.

87) Auch nach der Praxis: Postius, de subh. insp. 59. nr. 30. Daß nach der Theorie überhaupt nur dem Verkäufer des remed. ex l. 2. C. de resc. vend. zusteht, s. Vangerow, Pand. §. 611, S. 327 flg. (1852).

88) Die Gläubiger können ja selbst mitbieten. — Wo übrigens die gemeinrechtl. Vorschrift der Taxation beobachtet wird, da kann eine laes. en. eigentlich gar nicht vorkommen, sobald nämlich die subhastirte Sache mit Rücksicht auf die Taxe entweder dem Meistbietenden zugeschlagen oder dem Gläubiger und Subhastanten selbst in solutum überlassen wird; und nur wenn diese Rücksicht bei

Behauptung anlangt, daß sich der wahre Werth schon aus dem höchsten Gebote von selbst ergebe, so ist dieselbe nach v. Vangerow's richtiger Bemerkung lächerlich [89]). Es ist zwar wahr, daß die Subhastationen und Auctionen im Ganzen und Großen einen richtigen Maßstab für den couranten Werth der Sachen abgeben, d. h. aus hundert und mehr Versteigerungen kann man gar wohl einen ziemlich zuverlässigen Durchschnitt finden und diesen als Norm, namentlich bei Taxationen, festhalten; die einzelne Versteigerung hingegen kann nie einen sicheren Anhalt gewähren [90]). — Bedingungen und Vorbehalte werden dem Bieter nicht gestattet, sondern nur unbedingte Gebote angenommen [91]). Namentlich darf dem mehrbietenden Gläubiger die Bedingung der Compensation nicht gestattet werden [92]). Da also bedingte Licitation ganz unstatthaft ist, so kann auch der bei Carpzov (zum Beweise des Satzes, daß damnum particulare s. deterioratio fundi bisweilen den Bieter treffe, obschon dieser Schade das Grundstück noch vor der Addiction getroffen habe,) aufgestellte Fall, wonach der Bieter sein Gebot nur unter der Bedingung, daß es nicht überboten würde, abgab, und nun, existente conditione, den pendente conditione geschehenen Schaden tragen soll [93]), rechtlich gar nicht in Betracht kommen, zumal da auch eine Contractperfection vor erfolgter Addiction gar nicht angenommen werden darf. — Eviction hat wie immer der Auctor, also der Schuldner als letzter Eigenthümer der Sache, zu prästiren. — Addictio in diem, Vorkauf und andere auf besonderen Nebenberedungen beruhende causarum figurae sind nur dann zu statuiren, wenn sie unter die Subhastationsbedingungen mit aufgenommen waren; mit Ausnahme des gewissen Personen schon nach römischem Rechte und sonst gesetzlich zustehenden Vorkaufsrechtes. Denn, was namentlich die addictio in diem anlangt, so mochte eine solche nur uneigentlich und übrigens auch nur dann angenommen werden, wenn nach den Gesetzen feststand, daß die Versteigerung in verschiedenen Terminen geschehen sollte [94]): als in welchem Falle derjenige, welcher im ersten Termine das Gut erstanden hatte, noch abwarten mußte, ob er im folgenden

---

Seite gesetzt worden wäre, könnte wegen Verletzung der Subhastationsessentialien die Subhastation annullirt werden.

89) Vangerow, Pand. §. 611, S. 330. Vgl. auch Postius, insp. 49. ed. H. G. Bauer, Erl. d. kurs. Deciss. Dec. XIX. §. 3. A. M. s. in Seuffert, Archiv IV, S. 342, wo behauptet wird, daß sogar bei gehörig bekannt gemachter Privatversteigerung die Einrede der enorm. Verl. wegfalle.

90) In Sachsen ist nach Dec. cit. die Resc. ob laes. en. ausgeschlossen. Ebenso nach allg. Landr. I, 11, Absch. 1, §. 343 in Preußen, desgleichen nach dem allg. bürgerl. Gesetzb. §. 935 in Oesterreich.

91) Salgado de Somoza, Labyrinthus III. 2. nr. 5.

92) Ausdrücklich bestimmt dies Dec. Sax. 71. S. jedoch unten N. 123.

93) Carpzov c. 32. P. I. def. 49.

94) Z. B. nach altsächs. Rechte. S. oben N. 56.

erfolgt iſt, ſondern Gebote noch angenommen werden, bloße Kaufsverhandlungen ſtattfinden, keineswegs aber in dem bloßen Gebote ſchon ein bindendes Verſprechen vorliegt, ſo muß der Licitant zum Rücktritt, namentlich dann, wenn er ſolchen ausdrücklich erklärt[83]), berechtigt und kann, beſonders wenn das Subhaſtationspatent darauf lautet, daß der Zuſchlag an den Meiſtbietenden geſchehen ſoll, ſobald er mit einem höheren Gebote überſetzt worden, an ſein eigenes Gebot nicht weiter gebunden ſein[84]). Dies liegt in der Natur des Kaufcontractes, die bei der Subhaſtation nie außer Augen gelaſſen werden darf. Die hierdurch in die Subhaſtation bisweilen kommende Unſicherheit[85]) läßt ſich leicht abwenden, wenn nur zahlungsfähige Bieter zum Licitiren gelaſſen werden[86]) und dieſelben eine Caution erlegen, oder wenn es gleich zur Licitationsbedingung gemacht wird, daß Jeder ſo lange, bis das Gericht ſeine Erklärung über die Annahme des Gebotes gegeben, an ſein Gebot gehalten ſein und dem Gerichte die Auswahl unter den Licitanten zu geſtatten haben ſoll. — Enorme Verletzung iſt bei der Subhaſtation ausgeſchloſſen. Zunächſt wird das remed. ex l. 2. C. de resc. vend. dem Erſteher verweigert[87]), und nur auf Seiten der Gläubiger oder ſonſtiger, dem Erſteher gegenüberſtehender, Intereſſenten könnte noch von Zweifeln über Zu- oder Unzuläſſigkeit der rescissio ob laesionem enormem die Rede ſein. Allein der Zuſchlag geſchieht an den Meiſtbietenden und die fides hastae, welche über Alles geht, ſchließt auch die Beſchwerde über enorme Verletzung aus[88]). Was dagegen die

langt, würde der Richter den Impetranten erſt zu hören haben. — Von Ausfertigung und Publication eines beſonderen Zuſchlagbeſcheids weiß das gemeine Recht nichts.

83) Postius, insp. 34. nr. 21—23. Uebrigens aber behauptet derſelbe: licitator non liberatur sola ulteriore licitatonis oblatione, sed illi secuta ad iudicatione. Insp. 34. nr. 189. Wo jedoch nicht mit Vorbehalt der Auswahl unter den Licitanten, ſondern ſchlechthin an den Meiſtbietenden verkauft wird, ſcheint dieſe Anſicht kaum haltbar.

84) Ebenſo nach Code de procedure art. 707.

85) Heinemann §. 178, N. 2.

86) Mit Recht bemerkt Damhouder c. 4. nr. 8. 18.: in licitationibus priorem licitatorem per posteriorem liberari certum est, si solvendo sit. Wo alſo, wie in der Ordnung, nur ſolvente und tüchtige Licitanten zugelaſſen werden, da darf man annehmen, daß der frühere Bieter durch das ſpätere Uebergebot eines Nachfolgers liberirt wird und die Auswahl unter den Licitanten umſoweniger ſich von ſelbſt verſteht, je gewöhnlicher es iſt, die Kaufluſtigen einfach mit der Zuſage des Zuſchlages an den Meiſtbietenden zum Kaufe aufzufordern.

87) Auch nach der Praxis: Postius, de subh. insp. 59. nr. 30. Daß nach der Theorie überhaupt nur dem Verkäufer des remed. ex l. 2. C. de resc. vend. zuſteht, ſ. Vangerow, Pand. §. 611, S. 327 flg. (1852).

88) Die Gläubiger können ja ſelbſt mitbieten. — Wo übrigens die gemeinrechtl. Vorſchrift der Taxation beobachtet wird, da kann eine laes. en. eigentlich gar nicht vorkommen, ſobald nämlich die ſubhaſtirte Sache mit Rückſicht auf die Taxe entweder dem Meiſtbietenden zugeſchlagen oder dem Gläubiger und Subhaſtanten ſelbſt in solutum überlaſſen wird; und nur wenn dieſe Rückſicht bei

Behauptung anlangt, daß sich der wahre Werth schon aus dem höchsten Gebote von selbst ergebe, so ist dieselbe nach v. Vangerow's richtiger Bemerkung lächerlich[89]). Es ist zwar wahr, daß die Subhastationen und Auctionen im Ganzen und Großen einen richtigen Maßstab für den couranten Werth der Sachen abgeben, d. h. aus hundert und mehr Versteigerungen kann man gar wohl einen ziemlich zuverlässigen Durchschnitt finden und diesen als Norm, namentlich bei Taxationen, festhalten; die einzelne Versteigerung hingegen kann nie einen sicheren Anhalt gewähren[90]). — Bedingungen und Vorbehalte werden dem Bieter nicht gestattet, sondern nur unbedingte Gebote angenommen[91]). Namentlich darf dem mehrbietenden Gläubiger die Bedingung der Compensation nicht gestattet werden[92]). Da also bedingte Licitation ganz unstatthaft ist, so kann auch der bei Carpzov (zum Beweise des Satzes, daß damnum particulare s. deterioratio fundi bisweilen den Bieter treffe, obschon dieser Schade das Grundstück noch vor der Addiction getroffen habe,) aufgestellte Fall, wonach der Bieter sein Gebot nur unter der Bedingung, daß es nicht überboten würde, abgab, und nun, existente conditione, den pendente conditione geschehenen Schaden tragen soll[93]), rechtlich gar nicht in Betracht kommen, zumal da auch eine Contractperfection vor erfolgter Addiction gar nicht angenommen werden darf. — Eviction hat wie immer der Auctor, also der Schuldner als letzter Eigenthümer der Sache, zu prästiren. — Addictio in diem, Vorkauf und andere auf besonderen Nebenberedungen beruhende causarum figurae sind nur dann zu statuiren, wenn sie unter die Subhastationsbedingungen mit aufgenommen waren; mit Ausnahme des gewissen Personen schon nach römischem Rechte und sonst gesetzlich zustehenden Vorkaufsrechtes. Denn, was namentlich die addictio in diem anlangt, so mochte eine solche nur uneigentlich und übrigens auch nur dann angenommen werden, wenn nach den Gesetzen feststand, daß die Versteigerung in verschiedenen Terminen geschehen sollte[94]): als in welchem Falle derjenige, welcher im ersten Termine das Gut erstanden hatte, noch abwarten mußte, ob er im folgenden

---

Seite gesetzt worden wäre, könnte wegen Verletzung der Subhastationsessentialien die Subhastation annullirt werden.

89) Vangerow, Pand. §. 611, S. 330. Vgl. auch Postius, insp. 49. ed. H. G. Bauer, Erl. d. kurs. Deciss. Dec. XIX. §. 3. A. M. s. in Seuffert, Archiv IV, S. 342, wo behauptet wird, daß sogar bei gehörig bekannt gemachter Privatversteigerung die Einrede der enorm. Verl. wegfalle.

90) In Sachsen ist nach Dec. cit. die Resc. ob laes. en. ausgeschlossen. Ebenso nach allg. Landr. I, 11, Absch. 1, §. 343 in Preußen, desgleichen nach dem allg. bürgerl. Gesetzb. §. 935 in Oesterreich.

91) Salgado de Somoza, Labyrinthus III. 2. nr. 5.

92) Ausdrücklich bestimmt dies Dec. Sax. 71. S. jedoch unten N. 123.

93) Carpzov c. 32. P. I. def. 49.

94) Z. B. nach altsächs. Rechte. S. oben N. 56.

Termine überboten werden würde[94a]). Oft geht man auch bei der addictio in diem von der Voraussetzung aus, daß der Licitant schon durch die bloße oblatio liciti gebunden und nur der Subhastant noch befugt sei, nach einem besseren Käufer sich umzusehen. Man kann allerdings, wenigstens bei gerichtlichen Versteigerungen an den Bestbietenden[94b]), von einer während des Bietungstermines entstehenden in diem addictio, wenn man will, reden. Es liegt aber solchenfalls die sog. in diem addictio vielmehr schon in dem Begriffe und Wesen des ganzen Geschäftes der Subhastation und ist mehr ein nothwendiges Requisit derselben als ein (immer nur als Ausnahme von der Regel dastehender) Beivertrag, wofür die addictio in diem doch allemal zu halten[95]). — Das ius poenitendi kommt in der gemeinrechtlichen Theorie der Subhastation nicht oder doch nur insofern vor, als dazu besondere Stipulation und Aufstellung unter den Subhastationsbedingungen nachweisbar ist[96]); und von der lex commissoria endlich wird bei der Subhastation nur insofern gesprochen, als man darunter den Verlust des Erstehungsrechtes für den Fall nicht gehörig erfolgender Zahlung des Erstehungsgeldes versteht. Es wird sodann zur wiederholten Subhastation verschritten[97]).

BB. Zur Form der Subhastation, oder zum Subhastationsverfahren und -Proceß, gehört nach gemeinem Rechte Folgendes:

Nachdem der Proceßrichter den Schuldner unter Einräumung einer Frist zur Einlösung des Pfandes mit Subhastation des letzteren bedroht hat[98]), verschreitet

1) der iudex rei sitae oder Subhastationsrichter, resp. auf Requisition des Proceßrichters (wenn dieser ein anderer ist), zur gerichtlichen Consignation und Taxe (aestimatio) des zu subhastirenden Gegenstandes nach seiner Lage, Grenze, Größe, Ertragsfähigkeit und sonstigen Beschaffenheit (Bestandtheile und Pertinenzen, Rechte und Lasten), nebst

---

94a) Hommel, Rhaps. obs. 586. nr. 12. A. M. ist Thibaut, Pand. §. 958 (Ed. 7).

94b) Nach teutschen Provinzialrechten.

95) S. übrigens über d. a. i. d. noch Gottschalk, Disc. II. 30. Auch er hält die Subhastation für emtio sub lege add. i. d. und meint, der Licitant sowohl als der Verkäufer müßten warten, donec pinguior emtor intra temp. const. haud repertus fuerit.

96) Salgado de Somoza, Labyrinth. III. c. 2. nr. 106., c. 12. nr. 33.: Emtor poenitere non potest post pretii oblationem.

97) Salgado de Somoza, Labyr. II. c. 2. nr. 64. In Sachsen kommt die l. comm. neben dem i. poenit. so vor, daß der Ersteher, wenn er seine Pflicht nicht erfüllt, sich nicht nur den Verlust des Erstehungsrechtes gefallen lassen muß, sondern auch von dem Contract wieder abzugehen befugt ist, dafern er den 10. Theil des Liciti als Reugeld inneläßt. Erl. PO. 39, §. 16, 17.

98) Die Erlassung eines Zahlungsbefehles gehört noch zum Executions- (nicht zum Subhastations-) Verfahren. Nischelsky, Subh. Verf. nach pr. A. GO. 2c. S. 30 u. Präj. Samml. S. 382 (Präj. 558). Im Concurs fällt dieselbe natürlich weg.

Feststellung der Licitationsbedingungen (lex bonorum vendendorum), auch Bestimmung des Ortes und der Zeit, wo und wann die Licitation, die Kaufgelderzahlung rc. geschehen soll; ferner

2) zur gerichtlichen Bekanntmachung der Consignation und Taxe, der Licitationsbedingungen, des Ortes und der Zeit der Licitation a) an die nächsten Interessenten, namentlich an den Schuldner, die Miteigenthümer und Mitbelehenten, Vorkaufs- und Retractberechtigten sowie an die bekannten Gläubiger[99]) durch schriftliche Zufertigung (notificatio), b) an die unbekannten Gläubiger und entfernteren Interessenten oder an das kauflustige Publicum durch öffentlichen Anschlag (proscriptio), welcher mindestens 20 Tage lang Jedermanns Anblicke ausgestellt bleiben und schließlich mit darauf gebrachter Bemerkung der Af- und Refixion zu den Acten genommen werden muß. Hierauf folgt:

3) die öffentliche gerichtliche Ausbietung (proclamatio) mit den darauf folgenden Geboten (licitatio), d. h. die Abhaltung eines Licitationstermines[100]) und Feilbietung des Pfandes sammt Annahme und Aufzeichnung[101]) der Bieter und ihrer Gebote (oblationes)[102]) und endlich

4) der gerichtliche Zuschlag, d. h. die gerichtliche Ueberweisung des feilgebotenen Gutes (addictio s. adiudicatio[103])) an den Meistbietenden gegen sofortige Baarzahlung des gebotenen Preises: aliter enim res emtori non conceditur[104]).

Man spricht bisweilen von einer zum Charakter dieser Förmlichkeiten gehörenden Oeffentlichkeit der Subhastation[105]), und in der That verlangen auch die Anstalten zum öffentlichen Verkaufe die größtmögliche Publicität. Nachdem aber bis zu einer gewissen Stunde des Termintages die Kauflustigen zur Licitation sich angemeldet und ihre Gebote abgegeben haben, wird die öffentliche Verhandlung geschlossen;

---

99) Creditor certus citari debet personaliter, non per proclama. Postius, insp. 65. nr. 39.: Citari debet interesse habens, alias illi non praeiudicatur. Id. insp. 23. nr. 28. Den Gläubigern besonders muß Veranlassung gegeben werden, mitzubieten und zu erstehen, um so Schaden und Nachtheil bei allzuniedrigen Geboten abzuwenden.

100) Subhastatio facta cum uno tantum termino est valida quidem, non tamen pignora semel tantum producenda sunt et praeconizanda. Postius, insp. 30. nr. 4. 5.

101) Offerentis nomen a notario scribatur et oblatio in actis notetur. Oblatio solummodo verbalis non est legitima. Postius, insp. 33. u. insp. 35. nr. 136.

102) Gemeinrechtlich genügt blos eine oblatio; die Rota Romana verlangte aber 3 offerentes u. 3 oblationes. Postius, insp. 33. nr. 52—59.

103) Das gemeine Recht kennt keine von der addictio verschiedene adiudicatio. Da sich jedoch die neuere Praxis genöthigt gesehen, von dem gemeinrechtl. Requisite sofortiger Zahlung abzugehen, so schiebt man gegen Caution die Adjudication einige Zeit, unter gleichzeitiger Gestundung, hinaus und gewährt durch die addictio ein bloßes Forderungsrecht: das Eigenthum aber überträgt man erst durch die spätere adiudicatio.

104) Auth. Hoc ius, Cod. I. 2. de SS. eccles. u. Nov. 120. c. 6. §. 2.

105) Heinemann, die Subh. §. 164.

die (dreimalige) Ausrufung derselben und der Zuschlag an den Meistbietenden, die weitere Stipulation wegen Zahlung des Kaufpreises, die Protocollirung ꝛc. geschieht nur im Beisein der Subhastationsinteressenten und der zum Bieten zugelassenen, als solvente Zahler legitimirten, Licitanten, resp. bei verschlossenen Thüren. — Ob nebenbei auch Mündlichkeit als Requisit mit aufzustellen und principiell zu fordern sei[106]), muß man billig bezweifeln. Denn gleichwie das ehedem gewöhnliche Ausrufen des Präco, Frohnbotens oder Gerichtsdieners, resp. das Abkündigen von der Kanzel, neuerdings in schriftliche Anschläge[106a]) und gedruckte Zeitungsinserate sich verwandelt hat und bei diesen Vorbereitungen zur Subhastation gar nichts mehr mündlich abgemacht wird, so hat man auch nichts dawider, wenn die Bieter ihre Gebote nicht mit dem Munde, sondern durch die Feder eröffnen, ja es kommen sogar (wenigstens freiwillige) Subhastationen vor, wo nur per literas geboten und ein Bietungstermin gar nicht abgehalten wird. Postius bezeugt auch eine (italienische) Praxis, nach welcher die Gebote nur dann erst, wenn sie niedergeschrieben worden, Kraft haben[107]) und alle Verträge, welche im Wege der Subhastation abgeschlossen werden, wie schriftliche Verträge betrachtet, also nicht eher verbindlich werden, als bis die Erklärungen der Interessenten zu Protocoll gekommen[108]). Da jedoch die Protocollirung der Gebote und sonstigen Vorgänge beim Licitationstermine[109]) nicht solennitatis, sondern nur probationis causa üblich und erforderlich ist, so kann auch von einer schriftlichen Form der Licitation und, bei Vernachlässigung derselben, von einer Nullität keine Rede sein. Wohl aber ist eine solche anzunehmen bei Verletzung und Vernachlässigung wirklicher und wesentlicher Subhastationssolennien, namentlich also in den Fällen eines decretum subhastationis ohne vorherige Schätzung, bei Anberaumung eines zu kurzen Licitationstermines, bei ungehöriger oder gänzlich unterlassener öffentlicher Bekanntmachung, bei voreiliger oder sonst gesetzwidriger Ertheilung des Zuschlages, ingleichen wenn ein incompetenter Richter zur Subhastation verschritt; und es ist solchenfalls die Nichtigkeitsbeschwerde in der Ordnung[110]).

---

106) Heinemann a. a. O.

106a) Verboten wird aber das Anschlagen des Patentes an der Kirchthüre. Pr. Rescr. v. 29. Dec. 1846.

107) Postius, insp. 33. nr. 44.: Oblatio solummodo verbalis non est legitima.

108) Postius, insp. 35. nr. 136.: Contractus, qui per s. celebrantur, vim habent contractuum in scriptis, nec obligant nisi obligatione scripta.

109) Hierher gehört namentlich auch die Verzeichnung der Licitanten nach Namen, Stand und Charakter nebst den ihre Zahlungsfähigkeit betreffenden Angaben und Beweisen. Auch muß nach geschehener Aufzeichnung der einzelnen Gebote und des Meistgebotes sowohl der richterliche Zuschlag an den Meistbietenden als dessen Zahlung des Meistgebotes genau angemerkt werden.

110) Cod. Iust. IV. 44. c. 16. (C. Theod. X. 17. c. 3. u. dazu I. Go-

CC. Was die Wirkungen der Subhastation anlangt, so hat man zuvörderst die rechtlichen Folgen der die Subhastation vorbereitenden Execution und Immission von denen des Zuschlages und der Adjudication zu unterscheiden.

1) Zu jenen gehört: a) Erwerb einer Hypothek oder eines Hilfspfandes am exequirten Gute für den Gläubiger (wenn dieser nicht bereits hypothekarischer Gläubiger war und ex hypotheca geklagt hatte[111])), b) Entsetzung des Schuldners aus der Verwaltung des Gutes und Uebergang derselben auf den Gläubiger, der sich dieses Rechtes entweder durch selbsteigene Uebernahme der Administration bedienen mag oder letztere, wie gewöhnlich, dem Gerichte überweist und durch dieses das exequirte Gut sequestriren läßt[111a]).

2) Die rechtlichen Wirkungen des Zuschlages sind folgende: a) Perfection des Kaufes und daher aa) Uebergang sowohl der Vortheile und Nutzungen als der Lasten und Gefahren vom bisherigen Eigenthümer auf den neuen Erwerber, so zwar, daß dieser nur an jenen, nicht aber an den subhastirenden Richter, wegen der Evictionspräſtation sich zu halten hat (s. oben) und daß ferner auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Präclusion ausgeschlossen ist[112]); bb) als Folge des (bei der Subhastation, weil einer Species der emtio-venditio, eintretenden) Grundsatzes „Kauf bricht Miethe", die Auflösung der Pacht- und Miethverhältnisse, in welchen das subhastirte Gut sich befand. Denn das Privilegium des Fiscus, wonach gegen die gemeine Regel der Käufer einer fiscalischen Sache, welche verpachtet war, den Pacht halten muß, damit der Fiscus den Pachter nicht zu entschädigen brauche[113]), wird ohne allen Grund auf die der nothwendigen Subhastation unterworfenen Güter anderer Schuldner ausgedehnt[114]). Es läßt sich dies umsoweniger rechtfertigen, da zur Entschädigung des Pachters nur der Schuldner, als Verpachter, verpflichtet ist, der Subhastationsrichter aber nicht als

---

dofr. ed. Ritter III. p. 512.) Allg. preuß. Landr. I, 11, §. 348. Postius (insp. 14. nr. 5.) meint sogar: Omnino solennia subhastationis sunt ad unguem servanda, tam in tempore, quam in forma: alias nulliter agitur. S. übrigens unten.

111) Auch Eintragung des Gläubigers mit seiner gesammten Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch, wo das Institut der Hypothekenbücher in's Leben getreten ist.

111a) Besitz und Benutzung hingegen geht auf den Gläubiger nicht über. Vgl. u. A. das sächs. Hyp. Ges. §. 80 a. E.

112) Cod. X. 3. c. 5. Hiernach soll bei Subhastation der fiscalischen Schuldnern abgepfändeten Sachen nicht einmal minderjährigen Schuldnern i. i. r. zukommen, weil solches des fides hastae fiscalis widerstrebt. Die Praxis substituirt aber der fides hastae fiscalis die f. h. iudicialis und dehnt jene Bestimmung auf Subhastationen aller Art aus. Postius, insp. 57., Philippi c. 4. comm. 23., Leyser, sp. 477. m. 1. 2., Hommel, obs. 586., Biener, proc. 224.

113) Paulus, Dig. 49. 14. L. ult.

114) Carpzov c. 37. P. II. dec. 4. Philippi c. 4. comm. 19. nr. 34.

Repräsentant des Schuldners, sondern eher der Gläubiger desselben dasteht[115]). b) Erlöschen der auf dem subhastirten Gute haftenden Hypotheken, nicht aber auch der Reallasten und Grundrenten, der Auszugs- (Leibzuchts-) und Retractrechte. Denn der Retract oder das Näherrecht kann auch bei der Subhastation ausgeübt werden, wenn nicht der Nähergelter darauf verzichtet, also auch, richterlicher Aufforderung ungeachtet, binnen gesetzter Frist darauf sich zu erklären unterlassen hat[116]). Die Leibzucht namentlich (oder der Auszug) ist als Grundrente und Reallast zu betrachten[117]) und kann daher durch die Subhastation nicht alterirt werden; nur darf sie, wie sich von selbst versteht, älteren Hypotheken nicht in den Weg treten, sondern ist solchenfalls allerdings in Wegfall zu bringen. Der Richter ist dann verpflichtet, unter Annahme doppelter Gebote, theils auf das Grundstück mit dem Auszuge, theils auf dasselbe ohne den Auszug, die Versteigerung zu bewerkstelligen und demgemäß auch gleich die Subhastationsbekanntmachung einzurichten. Ergiebt sich dann beim Ausgebote mit dem Auszuge, daß die älteren Hypothekarier durch Ueberweisung des Auszuges an den Ersteher nicht gefährdet werden, so hat der Richter nun blos mit dem Auszuge die Versteigerung fortzustellen, außerdem aber ohne denselben[118]). Und ein Gleiches gilt auch von eisernen Capitalien, wenn ihnen ältere Hypotheken vorgehen[119]). c) Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit quoad summam concurrentem. d) Verbindlichkeit des Erstehers zu Zahlung der Erstehungs- oder Kaufgelder, und zwar sofort im Licitationstermine, resp. bei auf Cautionsleistung erhaltener Gestundung, innerhalb der vom Richter ihm gestatteten Zahlungsfrist, bei Vermeidung der auf seine Kosten zu wiederholenden Subhastation[120]). Hat der Ersteher selbst wiederum eine Forderung an den Schuldner und Eigenthümer des subhastirten Grundstückes, so kann er dieselbe mit dem Licitum nicht compensiren. Es kann nämlich hier von einem mutuum creditum et debitum, dergleichen die Compensation allemal voraussetzt[120a]), schon deshalb nicht die Rede sein, weil bei der nachherigen Subhastation nicht

115) I. G. Bauer, opp. I. p. 425.

116) Eichhorn, teutsches PR. §. 104. Mittermaier, teutsches PR. §. 287.

117) Eichhorn, teutsches PR. §. 163, N. i. §. 365.

118) Nach diesen rationalen Grundsätzen entscheidet das kgl. sächs. OAG. zu Dresden laut Bekanntmachung v. 2. Oct. 1839, pos. 41 (G. Bl. S. 277). Vgl. auch sächs. Hyp. Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 107. Ebenso in Preußen. Vgl. Friedensburg, Subh. Verf. §. 23.

119) Sächs. Hyp. Ges. §. 107, in Preußen überhaupt stets, wenn die übrigen Subhastationsinteressenten den von dem Extrahenten aufgestellten Bedingungen widersprechen und eine Einigung nicht herbeizuführen ist. Friedensburg §. 23.

120) Pfotenhauer, doctr. proc. ed. 2. §. 383.

120a) S. den Art. Compensation im Rechtslexikon.

der Schuldner, sondern der Richter als Verkäufer auftritt[121]) und weil, was namentlich die Subhastation im Concurs anlangt, hier des Erstehers Kaufschuld als debitum novum, welches zu Anfang des Concurses noch gar nicht existirte, also auch dem Schuldner selbst noch gar nicht in Gegenrechnung gebracht werden konnte, erscheint[122]). Der Ersteher muß also regelmäßig baare Zahlung leisten und solche beim Subhastationsgerichte deponiren[123]). e) Gerichtliche Einweisung des Erstehers, resp. des Gläubigers, in den Besitz und das Eigenthum des erstandenen, resp. in solutum erhaltenen, Grundstückes durch förmliche Adjudication, womit in Verbindung steht: aa) Beendigung der Sequestration; bb) Rechnungsablegung und Auszahlung des reinen Bestandes vom Sequester an das Gericht, welches dann jenen Bestand nach Abzug der Kosten dergestalt vertheilt, daß es das vom Zuschlage an Datirende dem Ersteher überläßt, alles Uebrige aber dem Schuldner ausantwortet, resp. zum Concursdepositum nimmt oder abliefert; cc) Exmission des Schuldners aus der Wohnung im Grundstücke von Amtswegen, der Miethbewohner aber auf Antrag des Erstehers. — Es können jedoch diese Wirkungen der Subhastation durch Einwendung von Rechtsmitteln theils gegen das Vollstreckungsverfahren und die Subhastation überhaupt, theils gegen den Zuschlag und die Adjudication insbesondre, gehemmt und gehoben werden. Namentlich dient hierzu das Rechtsmittel der Appellation (das in der Regel nur bei der Adjudication einige Beschränkung erfährt[124])), ingleichen die Nullitätsbeschwerde, je nachdem ein Interessent sich in seinen Befugnissen gekränkt glaubt oder über begangene unheilbare Nichtigkeiten sich beschweren zu müssen meint. Hierzu sind aber[125]) nur wesentliche Mängel in Ansehung des Proceßsubjectes zu rechnen[126]), ingleichen solche Fehler gegen wesentliche Regeln des Verfahrens, welche das materielle Recht der Interessenten verletzten und durch fortgesetzte Verhandlung des Rechtsstreites nicht verbessert werden können[127]).

---

121) C. G. de Winckler, opp. II. 2. p. 74.

122) C. G. de Winckler l. c.

123) A. M. ist Postius, de subh. insp. 39. nr. 26. und mit ihm viele Andere. Auch kann man v. Winckler nicht beipflichten, wenn er (a. a. O.) sagt, daß dec. elect. Sax. 71. emtori omnem proprii crediti compensationem interdicere videtur: vielmehr scheint nach diesem sächs. Gesetze dem meistbietenden Gläubiger die Compensation blos dann untersagt zu sein, wenn er mit einem fremden Bieter, der nichts zu compensiren hat, concurrirt, und wenn ihm besser berechtigte Gläubiger vorgehen.

124) Vgl. z. B. die Ausführverordnung zum sächs. Hyp. Ges. d. d. 15. Febr. 1844 §. 40. S. jedoch unten.

125) Nach Martin, bürgerl. Proceß §. 295.

126) Z. B. wenn einem Bieter das Grundstück nicht zugeschlagen wurde, dem es zugeschlagen werden sollte oder umgekehrt. Vgl. Rischelsky, Subh. Verf. §. 36 (S. 29 lit. b.).

127) S. oben. Auch hat nur derjenige Subhastationsinteressent, der durch den fraglichen Fehler (z. B. durch unterlassene specielle Bekanntmachung des

Diese gemeinrechtlichen Grundzüge des Subhastationsrechtes sind nun in den teutschen Provinzialgesetzgebungen bald mit mehr bald mit weniger Varietäten beibehalten worden. Dergleichen Varietäten treten besonders in drei Punkten hervor, indem nämlich 1) nicht überall ein einziger Licitationstermin für genügend erachtet wird, sondern mehrere Termine erforderlich schienen. Die Pluralität dieser Termine war namentlich sonst in Uebung[127a]); in neuerer Zeit ist man jedoch mehr und mehr davon abgekommen und hält die Abhaltung eines einzigen Termines zu Erzielung hoher Gebote für hinlänglich. So seit dem Jahre 1724 in Sachsen und seit 1846 auch in Preußen[128]). Ferner 2) beruht der Schluß der Licitation nicht überall auf einer von den Subhastationsinteressenten zu erklärenden Gebotsannahme, sondern oft auf bloßer, ohne vorgängiges Gehör der Interessenten vom Richter allein erklärter, Resolution; wie denn überhaupt der Richter bei der Subhastation bald oft (wie in Preußen), bald selten oder nie (wie in Sachsen) an die Erklärungen der Interessenten gewiesen ist und daher hier gewissermaßen mit einem Vormunde der Interessenten verglichen werden kann: eine Parallele, die dort durchaus nicht passen würde. Endlich 3) sind die Solennitäten und Erfordernisse der Subhastation entweder nach Verschiedenheit des Werthes der Grundstücke größer oder geringer oder ohne alle Rücksicht auf den Werth immer dieselben. Im Königreiche Sachsen z. B. kennt man keinen solchen Unterschied.

Die sächsische Gesetzgebung über Subhastation[129]) schließt sich im allgemeinen an das Recht des Sachsenspiegels und seines Anhanges „von hülff und execution der urteln nach, so nicht appellirt ist worden und die urtel ihr wirkliche kraft erreicht haben" (s. oben) genau an. Wenn nämlich in diesem Anhange vorgeschrieben wird, daß das Gut vom Frohnboten zuerst drei Gerichte nach einander öffentlich auf dem Markte und in der Gemeine (außerhalb Gerichtes) feil

---

Bietungstermines) allein berührt wird, über Nichtigkeit sich zu beschweren das Recht; und wird die Verletzung einer wesentlichen Proceßvorschrift nicht zeitig, d. h. bei der nächsten Proceßverhandlung, gerügt, so ist die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen. Nischelsky §. 24, lit. c, Nr. 25, §. 36, lit. c, Nr. 1, Nr. 5.

127a) Man bezog sich dabei auf die Verbindlichkeit des Richters, den wahren Werth durch Versteigerung zu erzielen. So nach Martin, Proceß §. 271, welcher nicht nur einen zweiten, sondern sogar, wenn nicht beide Theile für den Zuschlag stimmen, einen dritten Termin für nöthig hält.

128) In Frankreich seit 1841. S. unten.

129) Const. 32. P. I. v. J. 1572. Torgauer Ausschreiben v. 8. Mai 1583 Tit. v. Feilbieten, Subhastation 2c. Allg. PO. XXXIX, §. 10—16. — Das neuere Recht ist enthalten in Erl. PO. ad tit. XXXIX. §. 11—19. Mandat, wie es mit den Subhastationen der Ritter- und andern Güter, auch Erlegung des Licitums 2c. künftighin gehalten werden soll, v. 26. August 1732 (C. A. 1. Forts. Tom. I. p. 295.) u. Gesetz, einige Abänderungen im Proceßverf. betr. v. 27. Octbr. 1834 pos. III. (G. S. p. 247). Hierzu noch Verordnung des Justizministeriums, die Bekanntmachung von Zwangsversteigerungen betr. v. 4. Juni 1852 (Ges. Bl. S. 138).

geboten, alsdann aber, wenn ein Käufer kommt und bietet, dieses Gebot in dem Gerichte ausgerufen und zugleich die Aufforderung zum Mehrbieten beigefügt, auch, nachdem dies wiederum drei Gerichte nach einander geschehen, das Gut dem Meistbietenden zugeschlagen werden soll rc., so bestätigt dies die kursächsische Constitution allenthalben, indem sie vorschreibt, daß der Richter zuerst das verholfene Gut in der Gemeine und auf dem Markte durch den Frohnboten feilbieten und subhastiren lassen, sodann aber, wenn ein Kaufmann sich angiebt und ein Geld darauf bietet, jenes Gut (mit diesem Gebote) wiederum ausgerufen und dem, welcher am meisten dafür geben will, gelassen werden soll[130]): eine Duplicität, die auch in der allg. Proceßordnung v. J. 1622 als General- und Specialsubhastation noch vorkommt. „Weil (heißt es hier) zu Verkaufung der verholfenen Güter vornämlich drei Wege sind, als: daß entweder das Gut ohne vorhergehende Würderung subhastirt oder auf des Gläubigers Licitation feilgeboten oder zuvor gerichtlich taxirt und dann wieder ausgerufen werde: So soll man diese Ordnung halten, daß man erstlich nach beschehener Hilfe das verholfene Gut in der Gemeine oder auf dem Markte durch den Frohnboten subhastire und von 14 Tagen dreimal feilbiete“ (Generalsubhastation); „giebt sich dann ein Käufer an und setzt ein Geld darauf, soll man dasselbe wieder dreimal ausrufen und das verholfene Gut dem, so am meisten dafür geben will, nach Inhalt der Constitution hinterlassen“ (Specialsubhastation). „Da aber sich kein Käufer finden will, soll dem Gläubiger freistehen, selbst zu licitiren rc. Wenn aber der Gläubiger etwa Bedenken hätte rc., soll das verholfene Gut, durch das Gericht gewürdert, mit Vermeldung solcher Taxe ferner zu feilem Kaufe drei Vierzehntage nach einander öffentlich verkündigt werden[130a])“. Also weil nach vollbrachter Generalsubhastation dreierlei geschehen kann, nämlich daß der Werth des Gutes 1) von einem Fremden durch sein Gebot, 2) wenn kein Fremder bietet, vom Gläubiger durch das seinige, 3) wenn auch der Gläubiger nicht bietet, vom Gericht durch seine Taxe bestimmt wird, so soll das subhastirte Gut im 1. Falle dem Fremden für das Meistgebot zugeschlagen, im 2. Falle die Subhastation als Specialsubhastation auf Grund des vom Gläubiger gethanen Gebotes wiederholt und, wenn auch da Niemand bietet, das Gut dem Gläubiger mit dessen Genehmigung zugeschlagen, im 3. Falle aber die Subhastation ebenfalls wiederholt und entweder dem erschienenen Bieter, resp. bei Mehreren dem Meistbietenden, oder, wenn Niemand erschienen, dem Gläubiger auch wider dessen Willen um den Taxwerth zugeschlagen werden. Daraus geht nun hervor, a) daß die allgemeine Subhastation

130) Vgl. hierzu Consultatt. Sax. ed. Frider. IV. qu. 176. — Man kann also nicht mit Gottschalk, disc. II. 30. sagen, daß utraque subhastatio per constitutionem cit. introducta sei, vielmehr bestätigte die Constitution blos das alte Recht.

130a) Allg. PO. XXXIX, §. 4, 12, 14.

die Basis war, auf welcher man entweder zur eigentlichen Versteigerung oder, wenn diese nicht möglich war, zur datio in solutum zu gelangen suchte; b) daß man fürchtete, mit der gerichtlichen Taxe hervorzutreten und den Anfang zu machen[131]. Diese Furcht mochte auch ehedem gar wohl gegründet sein. Der Amtspachter und sein Schösser oder Gerichtshalter waren oft von der einen oder anderen Partei bestochen und eine gerechte Amtstaxe von ihnen selten oder nie zu erwarten[132]. Die heutigen Beamten sind dagegen zuverlässiger und von ihnen kann man einer rechtschaffenen Würderung schon eher sich versehen[132a]. — Nach heutigem Rechte, d. h. nach der erläuterten Proceßordnung v. J. 1724, nach dem Mandate vom 26. August 1732 und nach dem Gesetze vom 27. October 1834, wird zwischen einer General- und einer Specialsubhastation nicht weiter unterschieden; die Subhastation wird vielmehr nur einfach abgehalten und dabei folgendes Verfahren eingeschlagen.

Zuvörderst kann in Sachsen sogleich und ohne weiteres, sobald der Gläubiger es verlangt und das Proceßgericht es unbedenklich findet, das unbewegliche Vermögen des Schuldners als Hilfsgegenstand bezeichnet und in Anspruch genommen werden[133]. Ist nun der Schuldner a) der auf Antrag des Gläubigers unter Androhung der Subhastation vom Proceßgerichte erlassenen Auflage[134], binnen vier Wochen den Gläubiger zu befriedigen und so das verholfene Grundstück einzulösen, nicht nachgekommen, so verschreitet auf des Gläubigers anderweiten Antrag das Gericht der gelegenen Sache (resp. auf vorgängige Requisition von Seiten des Proceßgerichtes), b) zu einer ungefähren Consignation des Grundstückes sammt Pertinenzen[135] und Inventarienstücken, mit

---

131) Vgl. hierzu Carpzov c. 32. P. I. def. 37.: At nec subhastationis ordo inverti debet, qui in eo potissimum consistit, ut bona 1. absque ulla aestimatione subhastentur, vel 2. praecedente creditoris licitatione venalia exponantur, vel 3. iudicialiter taxentur et ita taxata publice proclamentur. Itaque iudices necquidquam efficaciter agunt in foro Sax. a taxatione incipiendo. Fit namque inde, ut aut debitor ex viliore taxatione laedatur, vel creditor ob taxationem immensam pignus pro tanta quantitate aestimatum in solutum accipere recuset.

132) Sie standen überhaupt in keinem guten Rufe. Vgl. z. B. Resolution v. 19. Novbr. 1659.

132a) Wenn übrigens Haubold, Lehrb. §. 281, Zusatz, unter besonderer Subhastation diejenige, welche „mit einem Angebote des Gläubigers" oder sonst mit einer Taxe geschieht, versteht, so verwechselt er verschiedenartige Fälle und combinirt Dinge, die nicht zusammengehören. Die subh. specialis ist vielmehr proclamatio cum pretio a licitatore oblato aut per taxationem reperto. Biener, proc. §. 226.

133) Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838 §. 48. — Doch soll wegen rückständiger Kosten, in Criminalfällen nur in subsidium, sonst aber niemals, mit der Subhastation verfahren werden, vgl. Rescr. v. 21. April 1751; und ebenso sollen die durch Steuerdefraudationen verwirkten Strafen nicht zur Subhastation führen. Vgl. Ges. v. 27. Decbr. 1833 §. 169.

134) Verordn. v. 25. Febr. 1844 §. 17.

135) Außerhalb des Gerichtsbezirkes gelegene inländische Pertinenzen wer-

Angabe besonderer Gerechtigkeiten und Lasten, namentlich der Grundsteuern, Servituten, Leibrenten, eisernen Capitalien, Auszüge und sonstigen, durch die Subhastation nicht erlöschenden[136]), Reallasten, auch c) „nach Befinden des Richters" zur gerichtlichen Abschätzung der Güter, dafern solche nicht zu unbedeutend sind, um den Taxationsaufwand gerechtfertigt erscheinen zu lassen[137]). Sodann wird d) eine öffentliche Bekanntmachung mit Bezeichnung des Grundstückes seiner Gattung nach, mit Angabe der Ortslage und Grundbuchsnummer[138]), mit Benennung seines Besitzers, mit Feststellung der Zeit der Subhastation (Subhastationstermin), mit Aufforderung der Kauflustigen zu Abgabe ihrer Gebote bis Mittags 12 Uhr des Subhastationstermines und mit Verweisung derselben theils auf die in einem Anhange zu ersehende Consignation und Taxe, theils auf die Subhastationsacten, durch dreimalige Einrückung in die Leipziger Zeitung und ein inländisches Provinzial- oder Localblatt, dergestalt, daß zwischen dem Tage der ersten Insertion und dem Termine eine Frist von wenigstens 8 Wochen inneliegen muß, erlassen und in derselben Zeit ein öffentlicher Anschlag desselben Inhaltes an der Gerichtstafel oder an einem anderen passenden Orte des Gerichtsbezirkes ausgehangen[138a]). Nicht minder sind e) die Interessenten, der Schuldner sowohl als der Gläubiger, durch besondere Notification von der Subhastation und dem Subhastationstermine in Kenntniß zu setzen[139]); ein Gleiches scheint aber auch bei

---

den mit dem Hauptgute subhastirt: Erl. PO. 39, §. 11 u. 18; und es gilt diese Bestimmung, da sie ihren Grund in der Unzertrennbarkeit der Grundstücke hat, auch von der freiwilligen Subhastation. Curtius, Handbuch §. 1380. Ausländische Pertinenzen müssen aber dessenungeachtet vom ausländischen Richter subhastirt werden, wenn dieser die Subhastation dem inländischen Richter nicht überlassen will.

136) Zu denjenigen, welche erlöschen, gehören die Retract- und Vorkaufrechte, mit Ausnahme jedoch solcher, welche um einen im voraus bestimmten Kaufpreis zustehen. Mand. v. 9. April 1827. (Carpzov c. 33. P. II. def. 3. statuirt diese Ausnahme im Concurse nicht.)

137) In allg. u. erl. PO. 39, §. 12 u. §. 11 wird zwar die Taxe nur bei der dominii impetratio und bei wichtigen Gütern hervorgehoben; da sie jedoch bei der Auction nothwendig (allg. u. erl. PO. 39, §. 4 u. §. 9) und auch „mit der Subhastation gebührend zu verfahren" ist, so könnte man doch zweifeln, ob die Taxe auch hier füglich zu unterlassen sei. Osterloh, ord. Proc. §. 364, hält sie jedoch nicht für nöthig, und man muß ihm umsomehr beistimmen, da in Sachsen die neue Dec. 19. bei der Subhastation die laesio enormis ausschließt, was kaum denkbar wäre, wenn die Güter allemal taxirt werden müßten und nur bei solchen Geboten zugeschlagen werden dürften, die nicht allzutief unter den Taxwerth herabsinken.

138) Verordn. des Justizminist. v. 4. Juni 1852 pos. I.

138a) Letzteres ist nicht durchaus erforderlich; ebensowenig die genaue Bezeichnung des Grundstückes, und im Unterlassungsfalle entsteht keine Nullität (Ges. v. 27. Octbr. 1834, pos. III.), sondern es wird nur eine Geldstrafe von 5 Thlrn. verwirkt. Verordnung des Justizminist. v. 4. Juni 1852. Falsche Bezeichnung dürfte aber Nullität zur Folge haben.

139) Biener, proc. §. 222. not. g. Osterloh, ord. Proc. §. 364.

Mitbelehenten, Retrahenten, Auszüglern und anderen dergleichen Realberechtigten zu beobachten zu sein. f) Die Gebote können von den Bietern sowohl vor als in dem Termine, bis Mittags 12 Uhr des Termintages, mündlich oder schriftlich bei Gericht abgegeben werden[140]), es werden jedoch nur von zahlungsfähigen Bietern Gebote angenommen[141]). g) Im Licitationstermine werden Mittags 12 Uhr die eingegangenen Gebote eröffnet und ausgerufen[142]); auch haben die Bieter, wenn das Gericht es verlangt, außer ihrer Zahlungsfähigkeit noch über ihre Dispositionsfähigkeit sowie über die politische Befähigung zum Erwerb des Civilbesitzes am feilstehenden Grundstücke[143]), sich auszuweisen, resp. ihre Bevollmächtigten durch Specialmandate sich zu legitimiren[144]). Es werden die Subhastationsbedingungen vorgelesen, die erschienenen Bieter zum Bieten, resp. zum Ueberbieten der vor dem Termine schriftlich oder mündlich eingegangenen Gebote aufgefordert, die hierauf erfolgenden Gebote angenommen, registrirt und dreimal ausgerufen, und endlich, wenn Niemand weiter bietet, h) der Schluß der Licitation mündlich oder symbolisch durch Hammerschlag oder auf andere unzweideutige Weise, erklärt. In dieser Erklärung ist auch der Zuschlag (addictio) des licitirten Gutes an den letzten und höchsten Bieter, den Meistbietenden, zu erblicken[145]). Zwar ist es nicht

---

Insbesondre sind die Hypothekengläubiger zu benachrichtigen nach Verordn. des Justizminist. v. 4. Juni 1852, pos. II.; es soll jedoch die Vernachlässigung dieser Vorschrift nicht Nullität, sondern blos Geldstrafe von 5 Thlrn. nach sich ziehen.

140) Erl. PO. 39, §. 14. Mand. v. 26. August 1732.

141) Angez. Mand. v. 1732.

142) Ob die schriftlichen Bieter sich noch zum Termine mündlich angeben müssen? Osterloh, ord. Proc. §. 365, bejaht; doch gesteht er, daß dann, wenn im Termine Niemand erscheint, der Richter auch an die schriftl. Licitanten sich halten kann (a. a. O. N. 13). Auch disponirt das Mandat v. 1732: daß in Zukunft das subh. Gut mit dem höchsten Licito gleich nach 12 Uhr dreimal ausgerufen und denjenigen, welche vor 12 darauf mündlich oder schriftlich licitirt, nachgelassen sein soll, wenn sie ein Mehres bieten wollen, solches sofort zu thun, da dann dem, der das Meiste geboten, zugeschlagen werden soll. — Denn es ergiebt sich auch ein Meistgebot und es erfolgt der Zuschlag auf dasselbe, wenn die Urheber der vor 12 Uhr oder überhaupt vor dem Termine eingegangenen mündl. oder schriftl. Gebote nicht weiter bieten wollen, sei es nun, daß sie im Termine zwar erschienen waren, aber schwiegen, sei es, daß sie im Termine gar nicht erschienen.

143) Roux, sächs. Zeitschrift I, S. 521.

144) Der Mangel des Specialmandats benimmt zwar der Subhastation nicht die Kraft (Carpzov c. 32. P. I. def. 38.), er hat aber zur Folge, daß der Mandatar proprio nomine verbindlich wird und keinen Regreß gegen den Mandanten nehmen kann (Berger P. II. resp. 149. nr. 4.). Es liegt also im Interesse des Mandatars, beim Subh. Gerichte durch richtige Vollmacht sich zu legitimiren. S. übrigens oben N. 71.

145) Der Zuschlag geschieht also, nach dem die erl. PO. 39, §. 15 insoweit abändernden Mandate v. 1732 nicht, wie Heinemann, §. 246, sagt, Mittags 12 Uhr, sondern Mittags 12 Uhr beginnt erst die Licitation. —

erforderlich, mit einem Hammer oder Schlüssel oder sonstigem Instrumente zuzuschlagen und nur so das Ende der Licitation und den letzten Bieter für den Ersteher des licitirten Gutes zu erklären; wohl aber kann die addictio selbst, als die bestimmte und unzweideutige Erklärung des Gerichtes, daß die Licitation nunmehr geschlossen und der letzte Bieter von keinem Nachfolger weiter zu überbieten, ein weiteres Gebot nicht mehr anzunehmen sei, durchaus nicht entbehrt werden[146]. i) Der Schuldner soll nach Einigen immer[147], nach Anderen aber nur im Concurs[148] vom Bieten ausgeschlossen sein. Daß hingegen der Gläubiger oder Impetrant bei der Licitation als Bieter mit auftreten und schließlich, wenn ihn Niemand überbietet, das subhastirte Grundstück sich selber zuschlagen lassen kann, unterliegt auch in Sachsen keinem Zweifel[149]. Oft kommt es aber auch in Sachsen vor, daß er das fragliche Grundstück sich zuschlagen lassen muß, weil in dem Termine keine Kauflustigen erschienen und deshalb eine Versteigerung nicht möglich war. Der Impetrant hat alsdann die Wahl, ob er auf Anberaumung eines neuen Termines antragen oder das Grundstück zu einem billigen Werthanschlage an Zahlungsstatt annehmen will. Wofern aber in dem zur Licitation angesetzten Termine sich nicht mehr als ein Licitant (außer dem Impetranten), sei er ein Gläubiger oder ein Fremder, einfinden sollte, hat der Richter mit demselben sich eines billigen Preises für das subhastirte Gut zu vergleichen und ihm solches zuzuschlagen[150]. Es ist nun aber sowohl hier als bei

---

Uebrigens ist auch nach sächsischem so wenig als nach gemeinem Rechte die Ausfertigung und Publication eines besonderen Zuschlagsbescheides erforderlich. S. oben N. 82.

146) Curtius-Hänel, Handbuch §. 1381, Nr. 4 u. N. b. S. dagegen Roux, sächs. Zeitschr. I, S. 509. Osterloh, ord. Proc. §. 365. Da jedoch Osterloh selbst lehrt, daß vom Zuschlage die wichtigsten Folgen abhängen (Perfection des Kaufes, Uebergang der Lasten und Nutzungen, Erlöschen der Hypotheken rc., vgl. auch unten N. 153), so ist es wenigstens nicht richtig ausgedrückt, wenn er sagt: der Zuschlag, die addictio, sei kein wesentliches Erforderniß der Versteigerung. Vielmehr sollte man dies nur vom Hammerschlage behaupten.

147) Volkmann, Proc. §. 274, N. d. Osterloh, ord. Proc. §. 365. So auch noch d. allg. bürgerl. GB. für Oesterreich §. 463.

148) Biener, proc. §. 224.

149) Biener §. 224. Osterloh §. 365.

150) Erl. PO. 39, §. 9. Eine authentische Erklärung der Worte: wofern sich im Termine nicht mehr als Ein Licitant finden sollte, enthält d. Rescr. v. 10. August 1726. Hiernach sollen dieselben nicht so zu deuten sein: wenn sich im Termine finden sollte, daß nicht mehr als Einer, sei es vor oder im Termine, schriftlich oder mündlich mit einem Gebote eingekommen, sondern so: wenn in termino Niemand weiter sich gemeldet. Dafern nun durch diese, wiederum nicht ganz klaren, Worte bestimmt sein sollte, daß es zur impetratio dominii nur dann kommt, wenn im Termine Niemand weiter persönlich erschienen oder sich angegeben, so wäre dies als eine Singularität oder Ausnahme von der Regel zu betrachten und demnach auf den hier vorliegenden Fall zu beschränken. S. oben. — Unrichtig und unpassend ist es, wenn Osterloh, ord. Proc. §. 365, mit

der impetratio dominii Seiten des Impetranten, dem Impetraten nachgelassen, binnen sechs Monaten, vom Adjudicationstermine an gerechnet, sein Grundstück wiedereinzulösen oder einen Käufer, der ein Mehreres dafür giebt, zu verschaffen; doch muß die Bezahlung des Kaufgeldes oder dessen gerichtliche Deposition vor völligem Ablauf dieser Zeit wirklich erfolgen, auch demjenigen, der es zuerst angenommen, freistehen, ob er das vom Käufer gebotene Uebermaß herausgeben und das Gut behalten oder solches ohne Erstattung der Meliorationen abtreten wolle[151]). k) Appellation gegen die Subhastation ist zulässig[152]) und es hat das Gericht solchenfalls, wenn noch kein Bietungstermin angesetzt war, mit öffentlicher Feilbietung des Grundstückes anzustehen, im entgegengesetzten Falle aber den Subhastationstermin zu halten und nur, wenn nicht inmittelst die Appellation beseitigt worden, den Zuschlag des Grundstückes an den Meistbietenden auszusetzen[153]). — Alsbald nach dem Zuschlage ist die Subhastation im Hypothekenbuche kund zu machen[154]). Was aber die übrigen Wirkungen einer im gesetzmäßigen Wege vorgegangenen Subhastation überhaupt und des Zuschlages insbesondre anlangt, so gehört hierher zunächst der Wegfall aller Nachgebote[154a]), ingleichen die Präclusion aller Nichterschienenen unter Ausschluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[155]). Ferner gehen mit dem Zuschlage wie nach gemeinem Rechte Gefahr, Lasten und Nutzungen des Grundstückes auf den Ersteher über, Pacht- und Miethcontracte erlöschen[156]), die aufhaftenden

---

Berufung auf erl. PO. a. a. O. sagt: ist im Licitationstermine nur ein einziger Licitant erschienen, so wird das Grundstück diesem gegen eine billige Taxe in solutum überlassen. Dieses kann beim Zuschlage an den klagenden Gläubiger passend erscheinen.

151) Erl. PO. a. a. O.

152) Execut. Gesetz v. 28. Febr. 1838 §. 27.

153) Execut. Ges. v. 1838 §. 29.

154) Verordn. zum Hypoth. Ges. §. 31. — In Preußen gehört diese Vormerkung zur Einleitung der Subhastation. S. unten. — Bei Zwangsversteigerungen im Concurs bedarf es jenes Eintrages nach sächs. Recht nicht, da gleich nach der Concurseröffnung ein Veräußerungsverbot im HB. eingetragen wird. Hyp. Ges. §. 150.

154a) Leyser sp. 277. m. 1.

155) Biener, proc. §. 224.

156) Wenn nämlich Ulpian, Dig. 42. 5. L. 8. §. 1., den Grundsatz aufstellt: servabit Praetor venditionem et locationem (sc. fructuum) a debitore factam — eine Stelle, die von den Rechtslehrern, wie von Kind, qu. for. II. 5. (servare bedeute ex aequitate sustinere und nicht, was doch das Natürlichste ist, s. v. a. observare) von Leyser, Coroll. ad sp. 477. u. Dabelow, syst. Erl. d. Conc. I, §. 49, §. 143 (welche übersehen, daß nicht von einem Verkaufe des Grundstückes, sondern vom Verkaufe der Früchte, oder von einer Verpachtung, die Rede ist, ganz falsch verstanden werden — so ändert dies die erl. PO. 39, §. 4, indem, sobald es zur Subhastation kommt und der Schuldner das Gut vorher verpachtet gehabt, den Pachter darin, wenn es nicht mit Bewilligung der creditorum geschieht, nicht zu lassen, sondern solcher Pacht sodann vor erloschen zu achten sein soll rc.

Hypotheken, sowie Retract= und Vorkaufsrechte, erlöschen[157]) und müssen im Grund= und Hypothekenbuche Amtshalber ausgethan werden[158]), der Ersteher hat bei Vermeidung executivischen Zwanges sogleich oder wenigstens vor dem Adjudicationstermine (also binnen drei Wochen — s. unten) den 10. Theil des Liciti (einstweilen als Caution) entweder baar zum gerichtlichen Depositum zu zahlen oder deshalb genügende Sicherheit mit Bürgen oder Pfändern zu bestellen[159]), die übrigen $^{9}/_{10}$ aber vom Zuschlage an mit 5 % zu verzinsen und spätestens drei Wochen nach der Licitation im Adjudicationstermine, resp. — je nachdem das erstandene Grundstück ein adliges (Rittergut), ein städtisches oder ein bäuerliches ist, — die Hälfte, das Dritttheil oder das Viertheil des Liciti, sammt fünfprocentigen Zinsen vom Gesammtbetrage des letzteren, doch unter Abrechnung des bereits bezahlten Zehntels, bei Gericht niederzulegen[160]). Uebrigens kann der Ersteher, trotz des Zuschlages, vom Kaufe, ohne die bisher gezogenen Nutzungen der erstandenen Sache wieder herausgeben zu müssen, auch wieder abgehen, wenn er das Zehntel des Liciti als Reugeld inneläßt oder noch hinauszahlt: um diesen Preis, außer welchem übrigens keineswegs noch ein id quod interest zu gewähren ist, steht ihm also das ius poenitendi zu[161]). Das Reugeld fällt natürlich dem Verkäufer zu, also bei der Subhastation dem Richter, der es aber, da er nicht für sich, sondern für die distractionsberechtigten Gläubiger verkauft[161a]), diesen wieder abzutreten hat. Wenn hingegen der Ersteher weder im Adjudicationstermine seiner Verbindlichkeit nachkommt[161b]), noch binnen anderweit zu verstattender dreiwöchentlicher Frist und spätestens in einem auf seine Kosten anderweit anberaumten Adjudicationstermine, wozu er peremtorisch geladen wird[161c]), Prästanda prästirt, so soll er seines Erstehungsrechtes und des darauf bezahlten Zehntels zur Strafe[162]) verlustig gehen. Das so zur

---

157) Nicht aber Auszüge, Leibrenten, eiserne Capitalien und andere Reallasten. Hyp. Ges. §. 105 flg. Auch Retract= und Vorkaufsrechte erlöschen alsdann nicht, wenn sie um ein im voraus bestimmtes Kaufpretium zustehen. S. oben N. 116, 118. An die Stelle dieser im HB. zu löschenden Hypotheken tritt die vorbehaltene Hypothek wegen der gestundeten Erstehungsgelder.

158) Hyp. Ges. §. 19.

159) Erl. PO. 39, §. 16.

160) Mand. v. 26. Aug. 1732. — Hiernach ist dasjenige zu berichtigen, was Heinemann, §. 220, über das sächs. Subhastationsrecht mittheilt.

161) Erl. PO. 39, §. 17. Gottschalk, disc. for. II. 30.

161a) Iudex utitur iure creditoris. S. oben N. 61.

161b) Dieser erste Adjudicationstermin kann auf Ansuchen des Erstehers bis zu 4 Wochen nach der nächsten Leipziger Oster= oder Michaelismesse verlängert werden.

161c) Dieser zweite Adjudicationstermin kann nicht verlängert werden. Biener §. 226. Osterloh §. 366.

162) Erl. PO. 39, §. 17. Vorausgesetzt wird, daß der Gläubiger auf neue Subhastation anträgt; denn wenn er dem Processe oder gar dem Anspruche entsagt, so bewendet es dabei. Nur insofern als die Säumniß des Erstehers die Weitläufigkeit einer zweiten Subhastation herbeiführt, erscheint sie strafbar.

Strafe verwirkte Zehntel kommt der Concursmasse, außer dem Concurs aber der Ortsarmenkasse[162a]), d. h. (nach der Praxis) der Armenkasse des Ortes, wo das Gericht sitzt, (warum nicht lieber des locus rei sitae?) zu Gute, nachdem vorher die erwachsenen Kosten und das ganze Interesse abgezogen worden[162b]). Die durch die bisherige Subhastation erloschenen Hypotheken leben wieder auf; es wird aber, sobald Kläger darauf wieder anträgt, gleich wieder zu neuer Subhastation verschritten. Hat hingegen der Ersteher ordnungsmäßig gezahlt, so wird ihm das erstandene Gut, ohne daß eine dagegen eingewendete Appellation Suspensivkraft hat[163]), adjudicirt und er erwirbt dadurch sowie durch die hinzutretende Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch, das Eigenthum, welches ihm die Grund- und Hypothekenbehörde mittelst eines darüber ausgefertigten Adjudications- und Recognitionsscheines attestirt[164]); den unter vorbehaltener Hypothek auf dem Grundstücke stehen bleibenden Rest der Erstehungsgelder[165]) hat der Ersteher binnen längstens 10 Jahren in jährlichen Terminen abzutragen und mit 5 % zu verzinsen, das Gericht aber muß die solchergestalt eingehenden Gelder, nach Abzug der Gerichtskosten, zur Befriedigung des Gläubigers und Impetrantens, resp. wenn mehrere Hypothekarier vorhanden sind, unter diese nach derselben Ordnung, in welcher ihre nunmehr erloschenen Hypotheken eingetragen waren, vertheilen. Mit dieser Vertheilung wird, unter Beanstandung der etwa schon vertagten Auszahlung des eingegangenen Geldes, namentlich dann, wenn die dem Gerichte bekannten hypothekarischen Forderungen, deren dingliche Rechte durch die Subhastation erlöschen, in ihren Ansprüchen ver-

---

162a) Ges. v. 26. Juni 1837.

162b) Als Strafgeld ist also das fragliche Zehntel zu betrachten, wenn der Ersteher bis zum definitiven Adjudicationstermine über die Haltung des Kaufes sich nicht erklärte oder zwar den Kauf zu halten beabsichtigte, aber doch keine Caution bestellte; als Reugeld dagegen, wenn er bis zu diesem Termine seine Absicht, vom Kaufe wieder abzugehen und zu pönitiren, zu erkennen gab. Nur auf das Strafgeld kann geeigneten Falles die Armenkasse Anspruch machen. — Uebrigens ist das fragliche Zehntel schon in dem Falle, wenn der Ersteher dasselbe vor der Adjudication weder pränumerirt, noch durch cautio fidejussoria v. pigneratitia gesichert hatte, sofort, also möglicher Weise schon vor der Adjudication (da nur der Caution stellende Ersteher die Zahlung des Zehntels bis zur Adjudication verschieben darf), executivisch beizutreiben oder vom unvermögenden Ersteher abzusitzen. Erl. PO. a. a. O.

163) Erl. PO. 41, §. 1. Vgl. auch Verordnung v. 15. Febr. 1844 §. 40. Hier heißt es: die Appellation sei unzulässig; da aber auf die erl. PO., welche die Berichterstattung ausdrücklich anordnet, verwiesen wird, so scheint dieser Ausdruck nicht ganz richtig zu sein. Käuffer, Appell. gegen das Verfahren S. 12 (§. 7).

164) Als Eigenthümer kann er nun sowohl den Schuldner ermittiren, als über die bisherige Sequestration sich Rechnung legen lassen.

165) Dem Eintrage dieses Vorbehaltes muß im Hyp. Buche die das Erloschensein der bisherigen Hypotheken betreffende Löschungsbemerkung vorhergehen. Hyp. Ges. §. 19 c.

letzt werden würden, verfahren[165a]). Die Hypothekenbehörde hat dafür, daß die Vertheilung gehörig geschehe, zu sorgen[166]). Außerhalb des Concurses hat sie die auf das Grundstück eingetragenen Gläubiger, die sich nicht schon gemeldet haben, zur Anzeige des Betrages ihrer Forderungen aufzufordern und jedenfalls, auch wenn an sie nicht zu gelangen oder eine Anzeige ihrer Forderung aus irgend einem Grunde nicht eingegangen war, einen der wahrscheinlichen Höhe derselben entsprechenden Betrag sammt Zinsen der letzten drei Jahre in deposito zurückzubehalten[167]), sodann aber einen Vertheilungsplan abzufassen und wegen derjenigen Gläubiger, welche dagegen Einwendungen oder Widersprüche erheben und Streitigkeiten veranlassen, rechtlich zu erkennen[168]), übrigens aber in Gemäßheit jenes Planes die Vertheilung vorzunehmen[169]). Im Concurse gelangt der Erlös zuvörderst zum Concursdepositum und wird dann in Gemäßheit der locatoria und distributoria vertheilt.

Noch ist als besondere Art nothwendiger Subhastation die öffentliche Versteigerung verlassener Grundstücke zu erwähnen. Hat nämlich ein Besitzer sein Grundstück deserirt und hat er a) entweder ausdrücklich davon sich losgesagt oder ist er verstorben oder ist keine Hoffnung zu seiner Rückkehr übrig, auch kein Erbe vorhanden, der seinen Nachlaß antreten möchte, so haben (dafern seine Gläubiger nicht auf Subhastation antragen) die Obrigkeiten das Recht, diese Grundstücke, und zwar wenn es städtische Grundstücke (Häuser und Gärten in Städten) sind, durch einmalige Subhastation — oder auf andere thunliche Art (aus freier Hand), auch ohne Entgeld und äußersten Falles auch ohne Verbindlichkeit der Haftung für angeschwollene Rückstände aller Art, — sind es aber Landgrundstücke, welche bei der ersten Subhastation unverkauft blieben, durch wiederholte Subhastation an Mann zu bringen. — Hat aber b) der Eigenthümer weder ausdrücklich noch unbedingt davon sich losgesagt, und ist sein Aufenthalt noch ausfindig zu machen, so soll ihm binnen sächsischer Frist zum Gute oder Hause zurückzukehren Gerichtswegen sub comminatione subhastationis aufgegeben und, erfolgt die

165a) Exec. Ges. §. 41.
166) Hyp. Ges. §. 109.
167) Hyp. Ges. §. 110, 111.
168) Ausf. Verordn. z. HG. §. 29.
169) Bei dieser, dem französischen ordre (s. unten) entsprechenden Vertheilung des Subhastationserlöses sieht man in Sachsen oft eine Ueberweisung der dem Ersteher gestundeten Erstehungsgelder zu Gunsten einzelner Gläubiger pro rata ihrer Forderungen Platz ergreifen. Bei einer solchen Ueberweisung oder Cession sollte dann aber auch niemals (wie gleichwohl oft geschieht) der Eintrag im Gr. u. Hyp. B., also die Ueberschreibung des überwiesenen Forderungsbetrages, vernachlässigt, sondern im Gegentheile immer damit verbunden werden, wenn der Gläubiger sowohl dem Gerichte als anderen Gläubigern und dem Schuldner gegenüber vollständig sichergestellt sein soll. (Bei Patrimonialgerichten wenigstens konnte es oft vorkommen, daß der Gläubiger an dem Gerichtspatrone einen schlechten Garant seiner Forderung hatte.)

Rückkehr nicht, mit Subhastation des verlassenen Grundstückes (bei beträchtlichen Gütern und Häusern nach vorgängiger Bekanntmachung in den Zeitungen, bei unbeträchtlichen aber auch ohne solche) verfahren werden. — Das durch diese Subhastation erlangte Kaufgeld soll zuvörderst zu Tilgung rückständiger Abgaben und Schulden verwendet, der Ueberrest aber dem Eigenthümer, wenn dieser noch im Lande wohnhaft, verabfolgt, wenn er aber außer Landes ist, zum gerichtlichen Depositum genommen werden[169a]). — Bei Zuschlagung wüster Baustellen zu Anlegung von Gärten soll jedoch die Bedingung hinzugefügt werden, daß sie sofort, ohne Erstattung der Meliorationskosten, wieder abgetreten werden müssen, wenn sich Jemand zum Wiederaufbau meldet[169b]).

Endlich dürfen auch bei Gebäuden, zu denen keine urbaren oder andere dergleichen Gründe gehören, in dem Falle, wo nach geschehenem Brandunglück der Eigenthümer weder die Brandkassengelder tempestive zum Wiederaufbau verwendet, noch die Grundabgaben bezahlt, sowohl die Ortsobrigkeiten als auch die Hypothekengläubiger die Brandstätte, mit Bemerkung derjenigen Summe, welche der Abgebrannte aus der Brandkasse zu gewarten gehabt, auch unter der Bedingung des baldigen Wiederaufbaues, zur Subhastation bringen[169c]).

Der französische Subhastationsproceß, nach Napoleon's Code de procedure civile, weicht vom teutschen Verfahren mehrfach ab. Vor allem unterscheidet er sich von diesem dadurch, daß er nicht am Orte der gelegenen Sache, sondern da, wo das Proceßgericht seinen Sitz hat, vor sich geht, nicht aber von diesem Gerichte besorgt wird, sondern dem Huissier, einem eifersüchtig bewachten, Schritt vor Schritt scharfer Controle unterworfenen, und doch höchst unzuverlässigen, Officianten[170]), anvertraut ist; daß ferner ein allzuängstliches Streben, den Schuldner thunlichst zu schonen, ihm Zeit zur Abwendung der Subhastation zu verschaffen und einen recht hohen Kaufpreis zu erzielen, hervorleuchtet, daß man diesen Zweck durch häufige und wiederholte Bekanntmachungen der Subhastation, durch Duplicität der Versteigerung und Adjudication, sowie durch Annahme von Nachgeboten nach bereits definitiv erfolgter Adjudication, den Zweck der Controle des Huissiers aber noch besonders durch verschiedene Visa's seiner Verfügungen von Seiten anderer Beamten und durch wiederholte Einregistrirungen zu erreichen sucht, daß man aber diese Zwecke um so mehr verfehlt, je langsamer, unsicherer und theuerer eine so complicirte und

---

169a) Generale, wie es künftighin mit den Subhastationen verlassener Grundstücke gehalten werden soll, d. d. 30. Mai 1763. Tragen hingegen die Gläubiger auf Subhastation an oder ist der Besitzer in Concurs verfallen, so bewendet es auch desfalls bei den Vorschriften der erl. PO. ad tit. XIV.

169b) Generale, v. 1. Nov. 1770.

169c) Gesetz, die Brandvers. Anst. betr. v. 14. Nov. 1835 §. 81.

170) Schon Valentinian II. fand Maaßregeln gegen die meist unzuverlässigen Executoren nothwendig. S. oben N. 46.

weitläufige Versteigerung, bei der nur Advocaten zum Bieten gelassen und überdem gar leicht Nullitäten hervorgerufen werden, nothwendig sein muß, und je weniger unter solchen Umständen von der bei jeder Subhastation zu erstrebenden Befriedigung des Gläubigers und Sicherung des Erstehers neben Schonung des Schuldners die Rede sein kann. — Das Verfahren wird, wie bei uns, eingeleitet durch eine Subhastationsauflage (commandement) an den Impetraten mit 30 Tagen Frist; dazu Copie für den Maire und hierauf Visa desselben[171]). Nach Ablauf der Frist erfolgt die Beschlagnahme des Grundstückes (saisie immobilière); Protocoll darüber (procès verbal de saisie) mit Consignation, doppelt zu copiren und zu visiren[172]). Dann Einregistrirung (transcription) der Beschlagnahme theils in das Hypothekenregister auf dem Hypothekenbüreau, theils in die Proceßacten[173]), und Notification hiervon (denonciation) binnen 14 Tagen an den Impetraten, vom Maire zu visiren und auf dem Hypothekenamte zu registriren[174]). Ferner, binnen anderweiter drei Tage, Anschlag eines Protocollextracts mit Bekanntmachung der Subhastation im Sitzungssaale des Gerichtes[175]); Insertion dieser Bekanntmachung in öffentliche Blätter und visirtes Exemplar ad acta[176]); öffentlicher Anschlag an zwölf verschiedenen Orten[177]); Affixion und Refixion dieser Anschläge mit betreffenden Bemerkungen und Attesten[178]); Notification hiervon an den Schuldner und die Gläubiger[179]); Einregistrirung derselben im Hypothekenamte[180]); Deposition einer Kaufbedingungsacte (cahier des charges) auf der Gerichtskanzelei durch den Impetranten, mit dem Angebote desselben[181]); Annahme fernerer Gebote zum cahier des charges und dreimalige Bekanntmachung derselben in der Gerichtsstube von 14 Tagen zu 14 Tagen[182]); Insertion des cahier des charges in ein öffentliches Blatt und Wiederholung der öffentlichen Anschläge (mit Hinzufügung des Angebotes) an zwölf verschiedenen Orten, wie oben[183]); vorläufige Adjudication und Anberaumung eines definitiven Adjudicationstermins[184]); nochmalige Zeitungsinserate und Placate mit Bekanntmachung dieses Termins, wie

171) Code de procedure art. 673.
172) Das. art. 674—676.
173) Das. art. 677—680.
174) Das. art. 681.
175) Das. art. 682.
176) Art. 683.
177) Art. 684.
178) Art. 685. 687.
179) Art. 687. 695.
180) Art. 696.
181) Art. 697. 698.
182) Art. 699—702. Aehnlich wie nach altem sächsischem Rechte. S. oben N. 130a.
183) Art. 703.
184) Art. 706.

oben [185]); und schließlich, sechs Wochen nach der ersten Adjudication, Licitation der Advocaten vor Gericht bei kleinen Wachslichtern (bougies) [186]) sowie endlicher (definitiver) Zuschlag nach dem bei nicht erfolgtem Uebergebote eingetretenen Erlöschen dreier Wachslichter [187]); Annahme jedoch von Nachgeboten, wenn ein Viertheil mehr geboten wird [188]), und neue Gerichtssitzung deshalb mit alleiniger Zulassung des Adjudicatars und des Ueberbieters (surencherisseur) [189]); endlich Adjudicationsbescheid und Auslieferung desselben, nach erfüllten Kaufsbedingungen und bezahlten Kosten, an den Adjudicatar [190]); übrigens aber anderweites Subhastationsverfahren bei nicht erfüllten Kaufbedingungen (verte à la fulle enchère) [191]). Zum Schluß: Vertheilung des Erlöses unter die Gläubiger und gerichtliche Proceduren deshalb im ordre (distribution par ordre) [192]). — Schon diese Skizze wird für ein abschreckendes Bild des französischen Verfahrens nach dem Code Napoléon genügen, und man kann daraus schon hinlänglich erkennen, nicht nur welchen Kostenaufwand [193]) dasselbe im Gefolge haben, sondern auch wie sehr es die Lust theils zum Creditgeben auf Grundstücke theils zum Erwerbe derselben sowohl überhaupt als im Wege der Licitation insbesondre dämpfen muß. Das französische Recht ist also ebenso den Privatinteressen der Betheiligten zuwider, indem das, was diesen zu Gute kommen sollte, in nutzlosen Kosten aufgeht, als auch nationalökonomisch schlecht, indem es den Grundbesitz entwerthet und den Realcredit tief herabdrückt [194]). Es haben daher in den meisten Ländern des Napoleonischen Rechtes (Westphalen, Genf, Rheinbayern, Rheinpreußen, Rheinhessen, Savoyen und Piemont, Neapel, Niederlanden, Baden,

---

185) Art. 704. 705.

186) Art. 706.

187) Art. 707—709. Die vorläufige und die definitive Adjudication des französischen Rechtes haben Aehnlichkeit mit der General- und Specialsubhastation des älteren sächsischen Rechtes. S. oben N. 130a.

188) Art. 710. 711.

189) Art. 712.

190) Art. 714. 715. Dieses jugement d'adjudication ist kein wirkliches Erkenntniß, sondern bloße Ordonnanz. Meyer, preuß. Hyp. u. Subh. Gesetzgeb. S. 70.

191) Art. 737—745.

192) Art. 750—760.

193) Nach einer von Mittermaier (s. d. folg. Note) gemachten Mittheilung aus dem Niederrh. Arch. II, S. 24. III, S. 363 u. Zum Bach, Gegeneinanderstellung der pr. u. fr. PO. betragen die Kosten der Versteigerung auch beim unbedeutendsten Grundstücke wenigstens 300 Fr., ja bei der Subhastation eines größeren Grundstückes stiegen die Gerichtskosten allein bis auf 6000 Fr., während in einem anderen Falle blos die Bietungsgebühren des Anwaltes, bei einem Gutswerthe von 20,000 Fr., auf 169 Fr. sich beliefen.

194) Vgl. den oben angez. Auff. in Zeitschr f. RW. u. GG. d. Ausl. XXVI, S. 285 flg. von Brasseur, das belgische Gesetz v. 1854 über die Zwangsvollstreckung an Liegenschaften betr.

Belgien [195])) die gesetzgebenden Gewalten den Mängeln jenes Gesetzes abzuhelfen gesucht und theilweise auch wirklich abgeholfen. In Frankreich wurde dies durch ein Gesetz vom 2. Juni 1841 beabsichtigt und versucht [196]). Einige Proceduren cassirte man dabei gänzlich, wie namentlich die Transcription des Beschlagnahmeprotocolles auf die Kanzelei des Proceßgerichtes, die Anheftung eines Auszuges dieses Protocolles im Sitzungssaale desselben Gerichtes, die Notification des öffentlichen Anschlages an die in den Hypothekenregistern eingetragenen Gläubiger [197]) und die ganze erste oder vorläufige Versteigerung; andere reducirte man, wie namentlich die drei Zeitungsinserate und Placate auf eins, sowie die drei Ausbietungen in der Gerichtssitzung auf eine ꝛc.; und übrigens wurden noch in dem Subhastationsverfahren manche Neuerungen, die hauptsächlich auf Vereinfachung berechnet waren, getroffen. Durch diese Aenderungen nun, und da zugleich die langen Fristen des Code bedeutend verkürzt werden, hat das neue Gesetz auch wirklich manchen Uebelständen abgeholfen, und es wird daher nicht blos die von Fölix auf 194 Tage oder 6 Monate 14 Tage ausgerechnete Summe der Fristen des Napoleonischen Rechtes, auf das nach dem neuen Gesetz sich ergebende (ebenfalls von Fölix berechnete) Minus von 125 Tagen oder 4 Monaten 5 Tagen herabgesetzt [198]), sondern es werden auch hierdurch und durch besondere neuere Taxen die Kosten des Verfahrens nicht unbeträchtlich vermindert. So lange jedoch die Subhastation nicht Sache entweder des Gerichtes, und zwar des Gerichtes der gelegenen Sache, oder allenfalls des Notariats [199]) wird, sondern in den Händen des Huissiers bleibt, der noch immer eine Menge von kostspieligen und weitläufigen Controle-Maßregeln veranlaßt; so lange die Versteigerung nicht in loco rei sitae, wo die Bieter das Grundstück vor Augen oder doch in der Nähe haben, geschieht [200]); so lange noch ein Nachgebot zugelassen und das Nachbieten sogar, wie das neue französische Gesetz durch Herabsetzung des Plus von einem Viertel auf ein Sechstel thut, begünstigt und erleichtert wird; so lange man das Verfahren durch mannigfache Künsteleien und Solennitäten erschwert und die Beobach-

---

195) Vgl. Mittermaier, gem. teutscher bürgerl. Proc. III, Nr. 6. Fölix, in d. Zeitschr. f. RW. u. GG. d. Ausl. XV, S. 25. Brasseur das. XXVI, S. 285 flg.

196) Fölix, das neue franz. Gesetz v. 2. Juni 1841 über die Zwangsversteigerung von Immobilien in Vergleich mit der bisherigen franz. Gesetzgebung; in der angez. Zeitschr. XIV, S. 530 flg. XV, S. 22 flg.

197) Diese hätte recht wohl bestehen bleiben können und sollen.

198) Fölix, krit. Zeitschr. XV, S. 23, 37.

199) So in Rheinbayern, nach dem Ges. v. 1. Juni 1822 (u. in Bayern überh. nach d. Nov. v. 22. Juli 1819). In Rheinpreußen wurde durch Verordn. v. 1. Aug. 1822 das Geschäft dem Friedensrichter übertragen.

200) Diesem Uebelstande haben die angez. Ges. für Rheinpreußen u. Rheinbayern ebenfalls abgeholfen. Auch erklären dieselben die Nachgebote für unzulässig und nehmen nicht blos von den Anwälten, sondern auch von den Kauflustigen selbst Gebote an.

tung derselben ohne Unterschied zwischen großen und kleinen Versteigerungen[201]) fordert, ihre Verletzung und Vernachlässigung aber meist mit Strafe der Nichtigkeit ahndet[202]), letztere aber, wie natürlich, nicht nur Weiterungen und Kosten zur Folge hat, sondern auch Unsicherheit, Mißcredit und Gefahr erzeugt; so lange endlich neben dem Ueberflusse unnützer und schädlicher Förmlichkeiten der Mangel höchst nöthiger Vorkehrungen, wie z. B. gehöriger Würderung des zu subhastirenden Gegenstandes[203]), fortbesteht: so lange ist auch auf eine gründliche Besserung nicht zu hoffen und namentlich eine stärkere Hebung des Realcredits nicht zu erwarten[204]).

Besser ist das preußische Subhastationsverfahren. Nach preußischem Rechte[205]) versteht man unter Subhastation den durch den Richter bewirkten öffentlichen Verkauf einer unbeweglichen Sache an den Meist- resp. Bestbietenden[205a]). Auch hier wird zwischen nothwendiger und freiwilliger Subhastation unterschieden, die nothwendige Subhastation aber — bei unbeweglichen Gütern, Schiffen (wenn bei deren Verpfändung das Gesetz keine Naturalübergabe fordert)[206]) und bei unkörperlichen Gerechtsamen (z. B. bei einer alten Apothekergerechtigkeit, bei einer Zehnt- oder Fischereigerechtigkeit, bei einer Superficies ꝛc.)[206a]) — nicht nur im Wege der Execution und im Concurs, sondern auch im erbschaftlichen Liquidationsprocesse, sowie ferner auf Antrag eines Beneficialerben, der als solcher ohne Eintragung der Beneficialqualität im Hypothekenbuche durch Attest des Nachlaßrichters legitimirt ist und auf

201) In Bayern wird zwischen geringschätzigen und hochgiltigen Gütern unterschieden und darnach auch die Art und Zahl der Subh. Bekanntmachungen verschiedentlich angenommen. Miltner, bayer. Gantproceß S. 153, 166.

202) Die Zahl der Nullitäten ist durch die cit. Gesetze für Rheinpreußen u. Rheinbayern sehr beschränkt worden.

203) Diese Taxe betrachtete Valentinian II. als zweckmäßiges Mittel gegen schädliche Collusionen der Executoren mit gewinnsüchtigen Bietern (s. oben N. 46) und erreichte so seinen Zweck einfacher und sicherer als der Code Napoléon mit seinem controlirten Huissier.

204) Ueber das österreichische Subhastationsverfahren vgl. Rechtslexikon VII, S. 669 flg.

205) Allg. Gerichtsordn. I, 52, 1. Abschn. v. d. nothw. Subh. Verordn. über den Subh. Proc. v. 4. März 1834. Concursordn. v. 8. Mai 1855. Hierzu die Schriften von Nischelsky, das Subh. Verf. ꝛc. (Frankf. a. O. 1854), Friedensburg, das Subh. u. Kaufgelderbelegungsverf. (Breslau 1855) und Meyer, die preuß. Hypoth. u. Subhastationsgesetzgbg., ihre Principien, ihre Mängel und deren Abhilfe (Berlin 1854) — eine ganz vortreffliche Schrift.

205a) Allg. GO. cit. §. 1.

206) Frachtschiffe werden von den competenten Handelsgerichten, im Mangel solcher vom persönlichen Richter des Schiffsherrn (welcher jedoch den Richter des Schiffsortes deshalb requiriren kann) subhastirt. Friedensburg §. 3.

206a) Friedensburg §. 2. Die früher den Immobilien gleichgeachteten Kostbarkeiten von 5000 Thlr. Werth werden in der cit. Verordn. nicht mehr als Subhastationsgegenstände erwähnt und sind daher unter letzteren zu streichen. Nischelsky §. 2, N. a.

Antrag eines Miteigenthümers zur Auseinandersetzung, verfügt[207]). Aber auch im Wege der Execution ist die Subhastation eines Grundstückes unzulässig: wegen Proceß- oder Untersuchungskosten, wegen Geldbußen und Strafen, gegen Fideicommißgüter wegen solcher Schulden, deren Abtragung aus den Revenuen in bestimmten Raten stipulirt ist, ferner wenn der Schuldner nachweist, daß die Einkünfte nach Abzug aller Kosten, Lasten und Zinsen hinreichen, die Forderung binnen Jahresfrist zu tilgen, und wenn bei einer verhafteten Mehrheit von Grundstücken eins oder einige genügen[208]). Uebrigens muß der Einleitung der nothwendigen Subhastation im Wege der Execution ein Zahlungsbefehl binnen vier Wochen den Gläubiger zu befriedigen sub comminatione taxationis et subhastationis vorhergehen[209]). Im Concurs hat der curator bonorum blos das Recht, nicht die Pflicht, auf Subhastation anzutragen; die gleiche Befugniß steht aber auch jedem Realgläubiger, dessen Forderung auf der Substanz der Masse haftet und auf der Execution steht, zu[210]); und was den erbschaftlichen Liquidationsproceß anlangt, so dürfen nicht nur die Realgläubiger des Nachlasses, sondern auch der Erbe selbst auf Subhastation antragen[211]). — Die Veranstaltung der Subhastation gebührt dem Richter, unter welchem die Sache liegt[212]). Pertinenzen werden vom Pertinenzrichter nur taxirt, vom Richter des Hauptgutes aber mit diesem zugleich subhastirt[213]). Liegen mehrere zu subhastirende Grundstücke in verschiedenen Unter- gerichts- resp. Appellationsgerichtsdistricten, so kann auf Antrag des Extrahenten das Appellationsgericht, resp. Obertribunal, einen gemeinschaftlichen Gerichtsstand für die Gesammtversteigerung bestimmen[214]); wenn aber ein Grundstückscomplex zum Theil im Inlande zum Theil im Auslande gelegen ist, so sind die im Inlande gelegenen Theile ohne Rücksicht auf die im Auslande liegenden zu subhastiren[215]).

Zu den Förmlichkeiten der Einleitung gehört 1) Vormerk der Subhastation im Hypothekenbuche[216]); 2) Abschätzung der zu subhastirenden Sache; doch wird hiermit weiter nichts als bloße Belehrung der Kauflustigen bezweckt[217]). Es wird deshalb ein besonderer

---

207) Cit. Verordn. §. 2.

208) Vgl. hierüber und über die Ausnahmen Friedensburg §. 7.

209) Cit. Verordn. §. 5.

210) Conc. Ordn. §. 268 ict. 157, 223.

211) Conc. Ordn. §. 259. Personalgläubiger haben dieses Recht nicht: das. §. 345.

212) Allg. GO. cit. §. 9.

213) Allg. LR. II, 17, §. 56. Rescr. v. 30. März 1813. Conc. Ordn. §. 266.

214) Gesetz v. 26. April 1851.

215) Rescr. v. 30. Dec. 1836.

216) Cit. Verordn. §. 3. — In Sachsen wird nur erst der Zuschlag an den Ersteher in d. HB. eingetragen. S. oben.

217) Allg. GO. cit. §. 11, 12. Ueber den Unterschied zwischen Grundstücken unter und über 500 Thlr. Werth, zwischen abligen und nicht abligen

Taxationstermin anberaumt und davon dem Besitzer, wenn er noch lebt und anwesend ist, ferner dem Extrahenten und den Hypothekenbuchgläubigern Nachricht ertheilt; bei Auswärtigen genügt der Nachweis, daß die Benachrichtigung zur Post gegeben worden[218]). Gleich nach eingegangener Taxe muß auf deren Grund das Gericht die Subhastation verfügen, einen Bietungstermin anberaumen und die Subhastationspatente erlassen[219]). Erinnerungen gegen die Taxe, später als vier Wochen vor dem Bietungstermine eingehend, werden zwar im Termine den Kauflustigen bekannt gemacht, nähere Prüfung derselben ist aber nicht erforderlich[220]); dahingegen bei rechtzeitig eingegangenen und für erheblich befundenen Monita das Gericht die nähere Untersuchung derselben veranlassen und die daraus resultirende Abänderung der Taxe den im Termine erschienenen Licitanten vor Abgabe der Gebote bekannt machen muß[221]). — Das Subhastationspatent enthält 1) Bezeichnung des Gegenstandes; 2) Angabe des Taxwerthes und Anzeige, wo die Taxe, der neueste Hypothekenschein und die besonderen Kaufbedingungen[222]) einzusehen; 3) Zeit und Ort[223]) der Licitation; 4) öffentliche Vorladung verschollener Interessenten; 5) Aufgebot noch nicht eingetragener Realprätendenten sub poena praeclusi[224]). Anberaumt und abgehalten wird nur ein einziger Bietungstermin und zwar mit Einräumung verschiedener Fristen, namentlich sechs Monate bei Gütern über 5000 Thlr. Werth und drei Monate bei anderen Werthgegenständen[225]). Außerdem wird erfordert bei Grundstücken bis mit 50 Thlr. Taxe: Anheftung der Bekanntmachung an Gerichtsstelle und noch an einer anderen (für öffentliche Bekanntmachungen bestimmten) Stelle der Gemeinde; bei werthvolleren Grundstücken aber außerdem noch, und zwar bei Grundstücken bis mit 500 Thlrn. Taxe, einmalige Insertion in den Anzeiger des Regierungsamtsblattes, bei Gütern bis mit 5000 Thlrn. Taxe: dreimalige, und bei Gütern über 5000 Thlr.

Gütern, s. Nischelsky §. 11—13, Friedensburg §. 12—15. Grundsätze des Obertribunals über das Verfahren bei Taxen, ebd. §. 18, und Muster einer gerichtlichen Rittergutstaxe bei Koch, Formularbuch S. 267 (5. Aufl.).

218) Allg. GO. cit. §. 22, 23. Cit. Verordn. §. 4. Diese unzuverlässige Benachrichtigung tadelt Meyer S. 74. Vgl. übrigens Friedensburg §. 16.

219) Allg. GO. cit. §. 25.

220) Cit. Verordn. §. 5.

221) Allg. GO. cit. §. 26.

222) Diese werden oft schon im Taxationstermine vom Deputirten mit dem Extrahenten beredet. Es kann dies aber auch noch im Bietungstermine geschehen. S. unten.

223) Der Subhastationsort ist in der Regel die Gerichtsstelle. Die Subhastation kann jedoch auch an Ort und Stelle abgehalten werden, wenn alle Interessenten darauf antragen. Rescr. v. 19. Juni 1834.

224) Cit. Verordn. §. 6. Nischelsky §. 20, 21, 24. Friedensburg §. 19.

225) Cit. Verordn. §. 8.

Taxe: sechsmalige von Monat zu Monat erfolgende Insertion in genannten Anzeiger, letzteren Falles auch noch in eine inländische Zeitung [226]). Die Extrahenten, die Schuldner, die Hypothekenbuchsrealinteressenten und die Vorkaufsberechtigten sind (auch im Concurs) durch Abschriften des Subhastationspatentes in Kenntniß zu setzen [227]) und zwar bei Vermeidung der Nichtigkeit [228]). Doch wird die Nullität geheilt, wenn der betreffende Interessent im Bietungstermine erscheint und am Verfahren sich betheiligt, ohne die unterlassene oder mangelhafte Ladung zu rügen [229]). Der Termin ist bereits auf den Vormittag anzuberaumen und zu dieser Zeit zu beginnen [230]). Nach 6 Uhr Abends ist kein neuer Bieter weiter zuzulassen [231]); auch wird der Termin mit dieser Stunde geschlossen, wenn nach geschehenem Ausrufe kein Mehrgebot erfolgte [232]). Zahlungsunfähige, d. h. solche, welche von den Subhastationsinteressenten dafür gehalten werden, dürfen nur mitbieten, wenn sie ein Zehntel der Taxe als Caution erlegen [233]); Gläubiger können mit ihren eingetragenen Forderungen caviren, indem sie die betreffenden Urkunden deponiren [234]). Der Schuldner wird nur dann zugelassen, wenn er sein Meistgebot sofort baar bezahlt [235]). — Der Meistbietende hat zwar ein wohlerworbenes, nicht aber ein vollkommenes Recht auf den Zuschlag [236]), indem es von den Gläubigern abhängt, ob und wiefern sie ihn für den Bestbietenden erachten und in den Zuschlag zu seinem Gunsten willigen oder auf Fortsetzung der Subhastation antragen wollen. (S. unten.)

Im Licitationstermine wird damit begonnen, daß der Extrahent die Bescheinigungen über richtig erfolgte Bekanntmachung des Termins in den öffentlichen Blättern übergiebt und daß die Kauflustigen durch öffentlichen lauten Ausruf vor dem Gerichtszimmer zur Licitation auf-

---

226) Cit. Verordn. §. 8. Zwischen dem Subhastationstermine und dem Tage der Ausgabe des die erste Insertion enthaltenden Blattes muß bei Strafe der Nichtigkeit die volle, resp. 3- oder 6monatliche, Frist inneliegen. Friedensburg §. 20.

227) Cit. Verordn. §. 9.

228) Nischelsky §. 24, N. c.

229) Friedensburg §. 22.

230) Rescr. v. 16. Mai 1839 u. 13. Juni 1840.

231) Ein solcher ist Jeder, der (obschon anwesend) bis 6 Uhr Abends nicht geboten hat. Friedensburg §. 23.

232) Cit. Verordn. §. 10. — Diese späte Stunde ist unpassend und, weil sie Viele vom Kommen und Bleiben abschreckt, nachtheilig.

233) Der Richter hat nicht das Recht, in diesem Falle Caution zu verlangen. Vgl. Grundsätze des Obertribunals bei Nischelsky §. 26, N. b u. Friedensburg §. 24.

234) Cit. Verordn. §. 11.

235) Allg. LR. I, 20, §. 42. Nischelsky §. 26 (S. 18, N. 56).

236) Meyer S. 84, möchte dem Meistbietenden vor der Adjudication nicht einmal ein wohlerworbenes, sondern nur ein bedingtes Recht zugestehen und die Perfection des Kaufes erst dann eintreten lassen, wenn die im Meistgebote liegende Offerte vom Extrahenten angenommen wird.

gefordert werden[237]). Die Bedingungen des Kaufes, resp. nachdem solche vom Deputirten mit dem Extrahenten verabredet worden[237a]), sind den Erschienenen bekannt zu machen und etwaige Abänderungen der Taxe anzuzeigen[238]). Stellte der Extrahent keine Kaufsbedingungen auf, so sind die Interessenten auf die gesetzlichen Bedingungen aufmerksam zu machen: daß nämlich der Verkauf in Bausch und Bogen, ohne Vertretung der Taxe, erfolgt; daß durch den Zuschlag Eigenthum und Nutzung, Gefahr und Lasten auf den Käufer übergehen; daß das Kaufgeld mit 1/3 am Tage der Publication des Zuschlagsbescheides, mit 2/3 am Tage der Kaufgelderbelegung zu bezahlen ist und daß die Kosten des Werthsstempels sammt der Adjudicatoria der Käufer trägt, während die übrigen von den Kaufgeldern in Abzug gebracht werden[239]). Sodann werden die Licitanten mit ihren Geboten, resp. mit den Bedingungen, welche sie ihrerseits namentlich wegen der Zahlungsmodalitäten stellen, nach und nach zu Protocoll vernommen, schließlich aber die im Termine erschienenen Interessenten zur Erklärung über den Zuschlag aufgefordert[240]). Wollen sie dem Zuschlage widersprechen, so haben sie dies im Bietungstermine vor 6 Uhr Abends bestimmt zu bewirken[241]). Dergleichen Widersprüche sind, dafern sie auf gesetzliche Hindernisse, d. h. auf Mängel in den gesetzlichen Förmlichkeiten und in der Besitzfähigkeit des Meistbietenden, sich beziehen[242]), sofort in Rücksicht zu nehmen und zu erledigen; auch ist die Subhastation fortzusetzen, wenn alle im Bietungstermine erschienene Gläubiger gegen den Zuschlag protestiren[243]). In Fällen aber, wo dem Zuschlage kein gesetzliches Hinderniß entgegensteht, ist ein solcher Widerspruch nur dann zu berücksichtigen, wenn der Opponent zugleich auf Anberaumung eines neuen Bietungstermins anträgt, für das Gebot und allen Verzugsschaden, auch für die Kosten, haftet und ein Zehntel des letzten Gebotes als Caution deponirt[244]). Gläubiger

---

237) Allg. GO. cit. §. 39.

237a) Oft werden sie schon vorher festgestellt. S. oben N. 222.

238) Ebendas.

239) Friedensburg §. 23.

240) Cit. Verordn. §. 12. Daraus, daß nur die Erschienenen sich zu erklären haben, folgt, daß, wenn der Extrahent im Termine nicht erscheint und der Subhastation, obschon er sollte, nicht widerspricht, mit der Versteigerung und dem Zuschlage doch verfahren und bei Abwesenheit aller Interessenten dem ersten besten Licitanten der Zuschlag ertheilt werden muß. Besser wäre es, wenn das Erscheinen des Extrahenten so unbedingt erfordert würde, daß bei seinem Außenbleiben mit der Versteigerung gar nicht verfahren werden dürfte. Meyer S. 75.

241) Cit. Verordn. §. 12.

242) Nischelsky §. 29, N. b. Ueber die Erwerbsunfähigkeit s. Friedensburg §. 29.

243) Friedensburg §. 29.

244) Cit. Verordn. §. 13. Daß dergleichen Widersprüche, obgleich nur bedingungsweise, doch berücksichtigt werden, und das Verfahren aufhalten können, ist immerhin zu beklagen. Meyer S. 72.

caviren auch hier mit ihren Forderungen. Bei Widersprüchen gegen den Zuschlag in Ansehung der Höhe des Gebotes erfolgt, wenn das Grundstück ein adliges ist, der Zuschlag in der Regel doch, sobald das Gebot wenigstens $^2/_3$ der Taxe erfüllt[245]), ist aber das Grundstück kein adliges, so muß der Regel nach der Zuschlag an den Meistbietenden auch dann, wenn das Gebot $^2/_3$ der Taxe nicht erreicht, erfolgen[246]). — Ist dem Zuschlage mit Erfolg widersprochen worden und wird sonach die Subhastation weiter fortgesetzt, so ist ein neuer Bietungstermin anzuberaumen, d. h. bei Gegenständen über 5000 Thlr. Werth auf zwei Monate, bei anderen auf einen Monat hinauszurücken und öffentlich[247]) bekannt zu machen, den Interessenten davon Nachricht zu geben und gleiche Benachrichtigung dem Meistbietendgebliebenen zu ertheilen. Dieser wird durch das Ansetzen des neuen Termins von der Verbindlichkeit für das von ihm abgegebene Gebot frei, sofern er sich nicht ausdrücklich verpflichtet haben sollte, dafür auch ferner haften zu wollen[248]). Ist hingegen die Sache soweit gediehen, daß der Zuschlag erfolgen kann, resp. wegen erkannter Unstatthaftigkeit des Widerspruches erfolgen muß[249]), so sind die Acten zum *Adjudicationserkenntnisse* oder *Zuschlagsbescheide* zu inrotuliren und vorzulegen[250]). Doch können, so lange dieser Bescheid noch nicht eröffnet ist, immer noch *Mehrgebote* angenommen und in einem wiederholt anberaumten Termine die Licitation erneuert werden[251]). Das Adjudicationserkenntniß muß 1) die vollständigen Entscheidungsgründe unter Berücksichtigung der Formalien und der gegen den Zuschlag etwa erhobenen Einwendungen[252])

---

245) Außerdem wird, dafern nicht alle Interessenten in den Zuschlag willigen, ein gesetzliches Hinderniß desfalls angenommen. Ebenso, wenn ein Creditsystem durch das Gebot mit seinen Forderungen nicht gedeckt würde und deshalb die Fortsetzung der Subhastation beantragen sollte; wodurch jedoch der Zuschlag nicht über 3 Jahre aufgehalten werden darf. *Friedensburg* §. 29.

246) Allg. GO. cit. §. 48, 50 und die einschlagenden Grundsätze des Obertribunals bei *Rischelsky* §. 32.

247) Durch Anschlag an der Gerichtsstelle und überdies *bei jenen* durch zweimalige, von Monat zu Monat zu bewirkende, bei *diesen* aber, wenn der Gegenstand mehr als 50 Rthlr. werth ist, durch einmaliges Einrücken in die oben bezeichneten Blätter, bei geringerem Werthe nur noch durch Anschlag in der Gemeinde.

248) Allg. GO. cit. §. 55, 56. Cit. Verordn. §. 14.

249) *Friedensburg* §. 31.

250) Allg. GO. cit. §. 58. Ein solches Zuschlagerkenntniß kommt weder nach gemein-teutschem, noch nach sächsischem, noch nach französischem Rechte vor. S. oben N. 82, 145, 190.

251) v. *Kamptz*, Jahrbücher 12, S. 22. Daß hierdurch die Subhastation in Mißcredit kommt, ist klar.

252) Nicht über den Einwand der Aufhebung der Forderung des Extrahenten an den Subhastaten durch Expromission, wohl aber über die Zuständigkeit des vom eingetragenen Wiederkaufsberechtigten beanspruchten Wiederkaufrechtes; nicht über die Frage, ob ein Gegenstand Zubehör des subhastirten Grundstückes sei, wohl aber über die Frage, ob letzteres für das Gebot mit oder ohne Ueber-

sowie 2) das Gebot, wofür zugeschlagen wurde, angeben; 3) die Kaufsbedingungen namentlich wegen Bezahlung der Kaufgelder ausdrücken, auch den Kostenpunkt berücksichtigen, und, wenn mit der Subhastation zugleich ein Aufgebot der Realprätendenten verbunden war, so ist auch 4) die Präclusion der Ausgebliebenen mit auszusprechen[253]). Gegen dieses, dem Adjudicatar in einem besonders dazu anberaumten Termine mündlich und durch Zustellung von Bescheidsausfertigung, den übrigen Interessenten aber (d. h. dem Extrahenten, dem Schuldner, den Realgläubigern, welche einen Ausfall erleiden oder erwarten, den Bietern, welche den Zuschlag für sich beansprucht, aber nicht erhalten haben[254])) durch die bei Vorladung zum Kaufgelderbelegungstermine bewirkte Insinuation einer Ausfertigung zu publicirende Erkenntniß findet Recurs[255]) und Nichtigkeitsbeschwerde statt[256]) sowie gegen die Präclusion Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[257]). Die Nichtigkeitsbeschwerde kann sowohl vom Bieter, welcher den Zuschlag für sich verlangt und dem Adjudicatar bestreitet, als auch vom Adjudicatar, welcher den Zuschlag nicht oder unter besseren Bedingungen haben will, und von anderen Subhastationsinteressenten wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten des Verfahrens (Mangel der Taxe, unterlassenes Aushängen des Patentes am Orte des Gerichtes und der Gemeinde, resp. unterlassenes Einrücken in den Anzeiger, unterlassene Zufertigung an jeden Interessenten, Zuschlag an unzulässige Bieter), ingleichen wenn der Zuschlagsbescheid Rechtsgrundsätzen zuwiderläuft oder wesentliche Proceßvorschriften verletzt, binnen drei Tagen a publicatione resp. insinuatione eingewendet[258]) und muß dann vom iudex a quo beim Obertribunal einberichtet werden, welches hierauf zu einem möglich kurzen Termine den Imploranten sowohl als den Imploraten (diesem steht bis dahin mit einer schriftlichen Entgegnung einzukommen frei) zur mündlichen Verhandlung vorladet[259]) und, dafern es das angefochtene Erkenntniß vernichtet, entweder anderweit definitiv erkennt oder die Sache zur nochmaligen Entscheidung an den Subhastationsrichter verweist[260]). In keinem Falle hält die Nichtigkeitsbeschwerde

---

nahme der Reallasten zu adjudiciren sei, ist der Adjudicationsrichter zu entscheiden competent. Friedensburg §. 34 und die das. angef. Obertribunalserkenntnisse.

253) Allg. GO. cit. §. 59. Cit. Verordn. §. 15.

254) Friedensburg §. 34.

255) Friedensburg §. 41. Er findet in Bagatellsachen, wo Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugelassen wird, statt.

256) Verordn. v. 14. Dec. 1833.

257) Verordn. v. 4. März 1834 §. 15.

258) Friedensburg §. 37, 38. Für die Rechtfertigung kann keine besondere Frist beansprucht, sondern es muß dieselbe gleich mit der Einwendung des Rechtsmittels übergeben werden.

259) Gesetz vom 20. März 1854 §. 13. Verordnung vom 21. Juli 1846 §. 27 flg.

260) Verord. v. 14. Dec. 1833 §. 10.

das angefochtene Erkenntniß auf, vielmehr geht allemal vom Tage der Publication an Gefahr und Nutzen des erstandenen Gutes auf den Käufer über und die Naturalübergabe erfolgt, nach Vereinigung der Parteien, entweder gerichtlich oder außergerichtlich[261]); auch wird von Amtswegen Termin zum Belegen und Vertheilen der Kaufgelder anberaumt[262]) und die Vorladung dazu sowohl an den Extrahenten als an den Schuldner und die Realgläubiger (sowohl diejenigen, welche aus dem Hypothekenbuche zu ersehen sind, als auch diejenigen, welche nur daraus ersichtliche Realforderung angemeldet haben), ingleichen an den Ersteher (an diesen bei Strafe der Annahme, er könne die Kaufgelder nicht erlegen, an die nicht eingetragenen Realgläubiger unter der Verwarnung, daß die Ausbleibenden ihres Realanspruches verlustig werden, an die Uebrigen aber sub praeiudicio, daß ihres Ausbleibens ungeachtet mit Belegung und Vertheilung würde verfahren werden) erlassen[263]). Auch wird dieser Termin durch ausgehängtes Patent an Gerichtsstelle bekannt gemacht[264]). Im Termine selbst werden zuvörderst die Kaufgelder (was der Ersteher auf diese und die Zinsen davon zu gewähren verbunden ist, wieviel er davon bereits zum Gerichtsdepositum bezahlt hat, auf wie hoch die erwachsenen Zinsen sich belaufen und wieviel er im Termine selbst zahlt) berechnet; dann werden die allgemeinen Kosten (mit Ausschluß also der Kosten des Zuschlagsbescheides und des Werthsstempels, die der Ersteher trägt) in Abzug gebracht[265]) und die unter die Gläubiger zu vertheilenden Massen werden somit constatirt. Ist dies geschehen, so haben die Interessenten sich über ihre Ansprüche und resp. Vorrechte zu erklären und womöglich in Güte sich zu einigen. Die Reihenfolge, in welcher sie ihre Befriedigung aus den Kaufgeldern fordern dürfen, ist folgende: 1) Rückstände der zu Erfüllung der Dienstpflicht erforderlichen Beiträge und Leistungen aus den beiden letzten Jahren; 2) Rückstände directer auf dem Grundstücke lastender Abgaben, welche zu den Staatskassen fließen, aus den beiden letzten Jahren; 3) Rückstände der auf dem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten, aus den beiden letzten Jahren; 4) Rückstände an Lohn, Kostgeld und anderen Emolumenten des landwirthschaftlichen Gesindes, aus dem letzten Jahre; 5) alle nicht zu den öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen (Nr. 1, 2, 3) gehörigen, im Hypothekenbuche

---

261) Nach allg. LR. I, 11, §. 342 soll aber auch das Eigenthum durch den Zuschlag übergehen, wenn schon der Ersteher die Sache noch nicht in Empfang genommen. Nischelsky §. 37 Anm. Friedensburg §. 35.

262) Concursordn. §. 385.

263) Allg. GO. cit. §. 61—64, Anh. §. 408. Cit. Verordn. §. 16. Daß, ohne die Beseitigung der Nichtigkeitsbeschwerde abzuwarten, schon sofort nach der Publication mit Uebergabe des Grundstückes, Vertheilung der Gelder, Löschung der Hypothek, Umschreibung des Besitztitels verfahren werden soll, findet Meyer, S. 89, mit Recht höchst nachtheilig und gefährlich.

264) Friedensburg §. 42.

265) Cit. Verordn. §. 18.

eingetragenen, Reallasten und 6) alle hypothekarischen Forderungen, letztere beiden sammt Kosten, laufenden Zinsen und Zinsrückständen der beiden letzten Jahre nach dem Alter der Eintragung [266]). Einigen sich die Interessenten nicht, so entwirft das Gericht einen Theilungsplan, berechnet die unbestrittenen Beträge und vernimmt über die bestrittenen die Opponenten; jene Posten werden ausgezahlt, die streitigen Beträge aber zum gerichtlichen Depositum genommen und für jede Post eine Specialmasse angelegt [267]). Reichen die Kaufgelder zu, so werden den Realgläubigern sämmtliche Zinsen ausgezahlt; außerdem erhält der Gläubiger am Orte seines Kapitales neben den laufenden Zinsen blos noch die Rückstände aus den letzten beiden Jahren [268]). Den im Termine ausbleibenden Gläubigern werden, auch wenn die Kaufgelder weiter reichen, vorläufig nur die laufenden Zinsen und die Rückstände der beiden letzten Jahre berechnet. Nach dem Termine hat der Subhastationsrichter von Amtswegen, wenn das ganze Kaufgeld (durch Baarzahlung oder Uebernahme alter Hypotheken) berichtigt ist, das Verhandlungsprotocoll einfach (für den Ersteher), wenn aber das Kaufgeld ganz oder theilweise in Rückstand bleibt und auf diesen Kaufgelderrückstand Realinteressenten angewiesen werden, doppelt (als Besitzdocument und als Urkunde über den Kaufgelderrückstand) auszufertigen und diese Ausfertigungen nebst je einer Ausfertigung des Zuschlagsbescheides an die Hypothekenbehörde abzugeben, welche letztere hierauf den eingetragenen Subhastationsvormerk sammt allen nicht gesetzlich auf den Ersteher übergehenden oder von ihm ausdrücklich übernommenen Realansprüchen löscht und sowohl den Ersteher (neuen Eigenthümer) als auch den etwa verbliebenen Kaufgelderrückstand (mit Angabe der den einzelnen Gläubigern übereigneten Antheile an denselben und der Rangordnung dieser Gläubiger) in das Hypothekenbuch einträgt [269]). Zahlt Käufer in dem bestimmten Termine das Kaufgeld nicht, so können die Gläubiger, mit Vorbehalt des Rechtes auf Wiederverkauf des subhastirten Gegenstandes, wegen der rückständigen Kaufgelder aus dem Adjudicationsbescheide, wie aus einem Judicate, auch in das anderweite Vermögen des Käufers die Execution nachsuchen [270]). Wird bei dem Wiederverkaufe das Gebot, für das der Käufer den Zuschlag erhielt, nicht erreicht, so ist wegen des Ausfalles und der Kosten ohne weitere Klage die Execution in eben der Art zulässig. Bei Ausübung dieses

---

266) Friedensburg §. 44.

267) Cit. Verordn. §. 17.

268) Mehr bekommen die Gläubiger, wenn schon die Kaufgelder zureichen sollten, auch dann nicht, wenn nach bereits eingeleiteter Subhastation Concurs eröffnet wird oder ein erbschaftlicher Liquidationsproceß beginnt. Sie erhalten also solchenfalls an Orte ihres Capitales nur diejenigen Zinsen, zu denen sie dann befugt sind, wenn die Kaufgelder nicht zureichen. Cit. Verordn. §. 21.

269) Friedensburg §. 46, 47.

270) Nämlich binnen Jahresfrist vom Tage der Kaufgelderbelegung an gerechnet. Friedensburg §. 48 (S. 72).

Befugnisses ist kein Gläubiger an die Zustimmung seiner Mitgläubiger gebunden[271]). Wird der Wiederverkauf in Antrag gebracht, so ist dem Käufer noch eine Frist von vier Wochen zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu vergönnen, alsdann aber, wenn auch diese Frist fruchtlos abgelaufen und der Antrag erneuert worden ist, die anderweite Subhastation, Resubhastation, auf Grund der früheren Taxe durch bloßes Decret anzuordnen[272]). Den Nachtheil, der in der Zwischenzeit das Grundstück betroffen hat, sowie den Ausfall, der bei der Resubhastation sich ergiebt, trägt der alte Käufer, der jedoch auch den bei der ferneren Subhastation sich ergebenden Ueberschuß erwirbt.

Noch hat Preußen eine nothwendige Subhastation, welche auf Antrag der Ortsobrigkeit zum Zwecke der Wiederherstellung vernichteter oder der Reparatur baufälliger Gebäude eingeleitet wird. Derselben braucht eine Klage nicht vorherzugehen, wohl aber muß die Obrigkeit nachweisen, daß sie die Kosten zu dem nothwendig gewordenen Baue berechnet und den Eigenthümer zu deren binnen gewisser Frist zu leistender Zahlung vergeblich aufgefordert hat[273]). Der Richter erläßt dann die oben erwähnte Auflage zur Zahlung unter Einräumung vierwöchentlicher Frist zur Zahlung sub comminatione taxationis et subhastationis und leitet nach Ablauf dieser Frist auf wiederholten Antrag der Obrigkeit die Subhastation ein, wobei übrigens ebenso wie oben verfahren wird. Es muß jedoch im Subhastationspatente der Zweck der Subhastation besonders hervorgehoben werden[274]).

So viele Vorzüge nun aber auch dieses preußische Verfahren in vieler Hinsicht (vor dem gemeinen Processe namentlich insofern als es viele hier noch vorkommende Lücken ausfüllt) aufweisen und so sehr sich dasselbe namentlich vor dem französischen Subhastationsprocesse auszeichnen mag[275]), so ist es doch noch weit entfernt, die dreifache Aufgabe der Subhastation: Schonung des Schuldners, Befriedigung des Gläubigers und Sicherstellung des Erstehers, befriedigend zu lösen; vielmehr schreckt auch noch der preußische Proceß in mehr als einer Beziehung vom Bieten und Erstehen gewaltig ab. Den preußischen Prak-

---

271) Cit. Verordn. §. 20 und dazu Friedensburg §. 48.

272) Die Resubhastation ist an die in vorletzter Note (270) erwähnte Jahresfrist nicht gebunden. Friedensburg a. a. O. u. die das. angef. Erkenntnisse des Obertribunals.

273) Resc. v. 5. März 1838.

274) Friedensburg §. 6. — Vgl. übrigens über Subhastation von Berg- und Hüttenwerken sowie von Schiffen Nischelsky §. 46, 47. Friedensburg §. 53, 54., und über Subhastation von Gerechtigkeiten Ders. §. 55. — Ueber Subhastation zum Zwecke der Auseinandersetzung s. unten N. 282.

275) Vgl. Mittermaier a. a. O. Aehnlich dem preußischen Subhastationsrechte ist auch das weimarische, in der Subhastationsordn. v. 24. Mai 1798 u. deren Nachträgen enthaltene, Recht. Vgl. Heinemann §. 59—154, §. 270—279.

tikern werden diese Mängel täglich fühlbar, wie ihre wiederholten Klagen beweisen. Der kgl. preuß. Obertribunalrath Meyer namentlich erklärt geradezu, daß in Preußen der Erwerb sub hasta publica ein höchst gefährlicher sei und daß eine Gesetzgebung, welche solche Wirkungen hervorbringt, radicaler Abhilfe bedürfe[276]). Seine Vorschläge sind in der Hauptsache folgende: Schon vor Einleitung der Subhastation und nicht erst während derselben müssen die Hindernisse, die ihr entgegenstehen, aus dem Wege geräumt und zu dem Ende die Interessenten unter Einräumung bestimmter kurzer Präclusivfrist zu Geltendmachung ihrer Einwendungen aufgefordert werden. Nur solche Grundstücke dürfen zur Subhastation gezogen werden, deren Eigenthum vollständig festgestellt ist, und Streitigkeiten, die etwa zwischen Miteigenthümern und Miterben noch obschwebten, sind vor allen Dingen zu erledigen[277]). Steht nun das Eigenthum des Subhastaten sowie die Verkäuflichkeit seines Grundstückes fest und ist der Antrag auf Subhastation begründet, so ist die Subhastation durch gerichtliche Taxation des zu subhastirenden Immobile einzuleiten[278]) und zugleich im Hypothekenbuche vorzumerken. Im Bietungstermine sind alle aus dem Hypothekenbuche bekannte Realberechtigte (der Extrahent, der Adhärent, der Schuldner, resp. Mitbesitzer, Miterbe ꝛc.) durch specielle Citationen vorzuladen, und im Termine selbst ist zunächst festzustellen, ob noch Punkte, z. B. wegen Einspruches dritter Interessenten ꝛc., die der richterlichen Entscheidung bedürfen, vorliegen. Sind dergleichen vorhanden, so kann der Termin seinen Fortgang nicht haben. Der Schuldner kann noch in diesem Termine durch den Beweis der Befriedigung des Impetranten oder der von Seiten des Letzteren erfolgten Rücknahme der Subhastation oder auch durch baare Deposition der ganzen auf der Execution stehenden Forderung an Kapital und Zinsen die Versteigerung abwenden. Bleibt der Impetrant aus, so wird das Verfahren sistirt, indem nur er ein Interesse am Termine hat und daher, wenn dieser seinen Fortgang haben soll, nothwendig darin erscheinen muß. Der Meistbietende erlangt durch sein bloßes Gebot noch kein Recht auf den Zuschlag, so lange Impetrant in letzteren noch nicht eingewilligt

---

276) Meyer S. 92, 93.

277) Hierauf bezog sich das römische Präjudicium, wovon oben bei N. 18 gehandelt wurde.

278) Hierzu soll ein besonderer Taxationstermin angesetzt und den Subhastationsinteressenten davon Nachricht gegeben, auch sollen dieselben mit ihren Einwendungen gegen die Taxe bis 4 Wochen vor dem Termine gehört werden. — Nun darf man zwar die Taxe für ein wichtiges und nothwendiges Stück der Subhastation halten; allemal aber einen besonderen Taxationstermin anzuberaumen und abzuhalten, die sämmtlichen Subhastationsinteressenten davon in Kenntniß zu setzen und deren Einwendungen gegen die Taxe bis zu einem gewissen Tage vor dem Termine anzuhören und zu prüfen, dürfte kaum für nöthig zu achten, weniger noch zu empfehlen und nur in den seltensten Fällen die dadurch erwachsenden Kosten werth sein. Vgl. Mittermaier, in der angez. Schrift.

hat[279]) oder sobald von den übrigen Subhastationsinteressenten spätestens im Termine entweder begründete Einwendungen erhoben oder cautio pro quanto minori bestellt und neuer Licitationstermin beantragt worden. Durch den Zuschlag aber wird der Kauf perfect und Nachgebote sind unstatthaft. Doch wird das Eigenthum erst durch das in Rechtskraft übergegangene Zahlungserkenntniß (welches lediglich mit der Prüfung, ob die Förmlichkeiten des Verfahrens den gesetzlichen Vorschriften entsprechen, ob die Einwendungen gegen das Gebot, gegen die Person des Bieters und gegen die gestellten Bedingungen begründet seien, welches Gebot unter mehreren als Bestgebot zu erachten, ob die Einwendung, daß der Grund der Subhastation weggefallen, begründet, ingleichen ob kein gesetzliches Hinderniß des Zuschlages vorhanden sei ꝛc., sich zu befassen hat und mit der Nichtigkeitsbeschwerde höchstens vom Impetranten und von den Realinteressenten, keineswegs aber vom Bieter und Ersteher[280]) angefochten werden darf) definitiv und unbedingt auf den Adjudicatar übertragen, so zwar, daß erst nach Eintritt dieser Rechtskraft mit Uebergabe des Grundstückes, Vertheilung der Licitationsgelder, Umschreibung und Löschung im Hypothekenbuche ꝛc. verfahren werden darf, die Vindication Dritter aber ausgeschlossen wird und der Ersteher, gegen jeden äußeren Angriff geschützt, unbedingt volles, von jedem Dritten anzuerkennendes, Eigenthum erwirbt, in keinem Falle also daraus verdrängt und etwa mit einer bloßen Abfindung für b. f. possessio abgespeist zu werden fürchten mag[280a]).

Nach Darstellung der Grundsätze des gemeinen, sächsischen, französischen und preußischen Rechtes von der nothwendigen Subhastation gehen wir auf

B. die freiwillige Subhastation über. Die freiwillige Subhastation ist diejenige Versteigerung eines Immobile, welche der Eigenthümer selbst anstellt und durch den Richter (iudex rei sitae) expediren läßt[281]), so daß man darunter jede Subhastation, welche aus einem anderen Grunde als schuldenhalber angestellt wird, zu verstehen

279) Wenn er die Kosten übernimmt, soll ihm jedoch immer noch bis zu Abfassung des Zuschlagerkenntnisses die Zurücknahme der Subhastation gestattet sein. — Dies dürfte aber kaum genügen, um der gerichtlichen Subhastation ihren Credit zu erhalten und zu befestigen.

280) Auch diesen ist sie gestattet nach dem neuen Subhationsrechte der Verordn. v. J. 1834.

280a) Daß das erstandene und adjudicirte Grundstück dem Ersteher und Adjudicatar von einem Dritten durch die Eigenthumsklage nicht entwährt werden kann, bestimmt ausdrücklich das allg. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich §. 367.

281) Mit Recht heißt es daher in der weimar'schen SO. §. 1 (Heinemann §. 77), daß der Antrag zum Verkaufe bei der freiwilligen Subhastation vom Eigenthümer der Sache, bei der nothwendigen Subhastation aber ohne dessen Willen von der Gläubigerschaft desselben gestellt werde; und mit Unrecht tadelt Heinemann, §. 196, diese gesetzliche Bestimmung.

hat. (Der Ausdruck „freiwillig“ erscheint freilich nicht immer ganz zutreffend, aber es hält schwer, einen besseren zu finden.) — Sie begreift also nicht allein die wirkliche und eigentlich sog. freiwillige Subhastation, d. h. diejenige, die ein dispositionsfähiger Mensch aus eigenem Antriebe, um sein Vermögen höchstmöglich zu verwerthen, vornimmt oder vornehmen läßt, sondern es gehört dahin auch der öffentliche Verkauf der den Minderjährigen und solchen Personen oder Anstalten, welche die Vorrechte der Minorennen haben, zustehenden Güter sowie die Versteigerung behufs einer Erbsonderung oder sonstigen Gemeinschaftstilgung und Auseinandersetzung[282]). — Im allgemeinen läßt sich behaupten, daß bei der freiwilligen Subhastation zunächst Alles auf die Stipulation der Interessenten (z. B. daß dem Meist- oder dem Bestbietenden zugeschlagen werden soll) ankommt und daß ein Mangel solcher Stipulationen oder in dubio (wenn sich die Interessenten darüber nicht vereinigen können) zwar die äußeren Formen der nothwendigen Subhastation adoptirt, keineswegs aber die rechtlichen Wirkungen derselben statuirt werden[283]), mit Ausnahme derjenigen, welche zum Wesen des Kaufcontractes und seines Abschlusses gehören[284]). Es wird also auch hier der Kauf mit dem Zuschlage perfect; der Zuschlag selbst aber geschieht nach Maßgabe der von den Interessenten gestellten Kaufbedingungen entweder an den Meist- oder an den Bestbietenden, im Mangel einer einschlagenden Bestimmung jedoch, wie bei der nothwendigen Subhastation, an den Meistbietenden[285]). Von den Wirkungen aber des pfandrechtlichen Verhältnisses kann bei der freiwilligen Subhastation keine Rede sein, und es bleiben also namentlich auch die Hypotheken auf dem freiwillig subhastirten Gute unverändert haften. Ebenso wäre es unpassend, die besonderen, bei der nothwendigen Subhastation im Falle des nicht gehörig abgezahlten Licitum den Ersteher treffenden, Nach-

---

282) Die Subhastation behufs Auseinandersetzung der Miteigenthümer gehört nach preußischem Rechte zu den nothwendigen; jedoch nur in Bezug auf die Miteigenthümer unter sich und den Ersteher, nicht aber auf die Realgläubiger. Sie erfolgt auf Antrag eines Miteigenthümers, wenn die übrigen Miteigenthümer, denen der Antrag mit der Aufforderung, binnen 4 Wochen sich darüber zu erklären, nicht nachzuweisen vermögen, daß dem Antrage Gesetze, Verträge und giltige Dispositionen eines Dritten entgegenstehen oder wenn sie ihm sein Miteigenthum zu bestreiten nicht vermögen. Das Verfahren ist dasselbe wie bei der eigentlich nothwendigen Subhastation. Friedensburg §. 56.

283) Preuß. allg. GO. I, 52, Abschn. 2, §. 66 flg.

284) Vgl. Emminghaus, Pand. des sächs. R. S. 549. Doch nehmen Viele auch bei der freiwilligen Subhastation den Wegfall des remed. ex l. 2. C. de resc. vend. an Hommel, obs. 358.

285) Anders nach preuß. Rechte, vgl. allg. GO. cit. §. 71, wonach es allemal, also auch beim Mangel einer bekannt gemachten Subhastationsbedingung, auf die (hier noch im Licitationstermine) von den Licitanten zu treffende Vereinigung ankommen soll, welchem Licitanten sie den Zuschlag ertheilen lassen wollen. Ein Zuschlagsbescheid kommt übrigens bei der freiwilligen Subhastation nicht vor. Verordn. v. 6. April 1839 §. 1.

theile[286]) auch bei der freiwilligen Subhastation eintreten zu lassen. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß es zwar eine Zeit gab, wo der (am strictesten von den spanischen Rechtsgelehrten festgehaltene) Grundsatz aufgestellt wurde: überall, wo der Veräußerung ein obrigkeitliches Decret vorangehen muß, also namentlich auch beim Verkaufe der Mündel-, Kirchen-, Stiftungs-, Staats- und Gemeinegüter, sei Subhastation erforderlich[287]); man kam jedoch in Italien, Frankreich, Teutschland und Holland sehr bald zurück[288]) und läßt es, z. B. bei Mündelgütern, mehr von den Umständen abhangen, ob der Verkauf aus freier Hand oder die Versteigerung vorzuziehen sei[289]). Am häufigsten kommt die (freiwillige) Subhastation noch bei fiscalischen und Gemeinegütern vor[290]). — Was insbesondre noch die Versteigerung behufs der Versilberung und Theilung eines untheilbaren Nachlaß- oder sonstigen gemeinschaftlichen Vermögens unter die resp. Miterben oder sonstigen Mitbetheiligten anlangt, so ist zu einer solchen Theilung, zunächst aber zu der den Weg dazu bahnenden Versteigerung, und zwar des ganzen Grundstückes (nicht blos des dem Provocanten zustehenden oder verhafteten Antheiles) sofort, auch wenn nur eine einzelne Stimme dafür ist und alle anderen dagegen wären[291]), zu verschreiten[292]). Daß namentlich Miterben zu dem Behufe, um die Größe ihrer Erbtheile auszumitteln, Subhastation der Erbschaftsgrundstücke (so daß auch extranei der Zuschlag zu Theil werden könne) begehren dürfen, bezweifeln Einige[293]), von Anderen wird dagegen mit mehrerem Rechte das Gegentheil behauptet[294]). —

---

286) Z. B. in Sachsen der Verlust des Zehntels vom Erstehungsgelde, wenn im Adjudicationstermine die gefällige Kaufgelderrate nicht abgeführt wird. Ein besonderes Rescript v. 6. Febr. 1738 beschränkt diesen Verlust auf die nothwendige Subhastation.

287) Salgado de Somoza, Labyrinthus III. c. 4. nr. 2. 3. Vgl. auch Postius, insp. 4. nr. 1—7.

288) Postius, insp. 4. nr. 52—57. A. Faber, in Cod. IV. 30. def. 4. Damhouder c. 1. nr. 17. Thibaut, Pand. §. 523 (Ed. VII.).

289) Vgl. z. B. sächs. Vormundschaftsordn. v. 10. Oct. 1782 c. XVI. §. 15. Das allg. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich §. 232 verlangt hier die Versteigerung noch in der Regel.

290) Damhouder c. 1. nr. 38.

291) Hommel, obs. 673., gesteht zwar nur dem Miteigenthümer, nicht aber dem Gläubiger, welchem nur ein Antheil des Grundstückes verpfändet ist, dieses Recht zu. In neuerer Zeit beobachtet man aber diesen Unterschied nicht mehr, und auch die neuere Gesetzgebung, z. B. die sächsische (Hyp. Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 80 a linea 2. ict. §. 54.) gesteht dem durch Hypothek am Grundstücksantheile des Schuldners gesicherten Gläubiger ebensowohl als dem Miteigenthümer die Subhastation des ganzen Grundstückes zu. S. auch allg. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich §. 840, 843.

292) Postius, insp. 8. nr. 5—8. Leyser, sp. 115. m. 9., sp. 341. nr. 4. A. M. sind Carpzov III. 274. Schilter, ad. ff. 20. §. 79.

293) Philippi, de subh. III. 16. 15. Carpzov l. c.

294) Berger, El. disc. for. 34. 7. 4. Hommel, obs. 591. Vgl. Emminghaus, Pand. des sächs. Rechtes S. 665.

Ferner soll, wie bei der durch Schenkung[295]), so auch bei jeder durch andere Rechtstitel herbeigeführten Gemeinschaft die größere Theilportion eine Prärogative geben, nicht aber auch dem Inhaber derselben einen Zwang auflegen[296]). Endlich wollen Einige auch noch das Loos als ein letztes Auskunftsmittel zu Hilfe nehmen[297]). Die desfallsige Berufung aber auf Justinian[298]) ist ganz unpassend, da hier blos von dem Falle si pluribus optio rei fuerit relicta die Rede ist und, weil die optio nicht versteigert werden kann, etwas anderes als eine dem Loose anheimgegebene Entscheidung gar nicht übrig bleibt. Und ebensowenig paßt der von Cajus[299]) erwähnte Fall: si quae sunt cautiones hereditariae, wo freilich, nach Ulpian[300]), die Verloosung ein besseres Expediens ist als die Versteigerung: nam ad licitationem rem seducere, ut qui licitatione vicit sic habeat instrumenta hereditaria, non placet. Allein das bezieht sich eben nur auf erbschaftliche Documente (cautiones s. instrumenta hereditaria), die gar keine Verkehrsgegenstände sein, gar nicht zur Vertheilung gelangen sollen und daher die Versteigerung gar nicht anwendbar erscheinen lassen.

Nach der Subhastation betrachten wir noch kürzlich

C. die Auction. Die Auction oder die Versteigerung beweglicher Sachen[301]) ist ein Institut von viel geringerer Bedeutung als die im Systeme des Realcredits eine so bedeutende Stelle einnehmende Subhastation. Auch sie wird eingetheilt in gerichtliche und außergerichtliche, nothwendige und freiwillige; nur daß, was die gerichtliche anlangt, dieselbe vom Gerichte blos angestellt wird, nicht aber auch vom Richter oder einem Mitgliede des Gerichtes expedirt zu werden braucht, sondern einem bloßen Officianten (Auctionar, Commissar, Auctionator) überlassen werden kann und überlassen zu werden pflegt. Ueberhaupt sind der Förmlichkeiten bei der Auction, selbst bei der nothwendigen, weit wenigere als bei der Subhastation. Doch ist auch bei ihr Folgendes unerläßlich: 1) Specification, Beschreibung und Taxe des Auctionsgegenstandes[302]); 2) öffentliche Bekanntmachung der Auction, 20 Tage (drei Wochen) lang[303]), mit Angabe des Ortes, des Tages und der Stunde der Auction; 3) am Auctionstage selbst Ausrufung jedes einzelnen Stückes mit den Licitis und schließlich mit dem Meistgebote zum ersten, zweiten und dritten Male sowie 4) Zuschlag jedes einzelnen

---

295) Cod. VIII. 58. de donatt. c. 34. §. 4. Der hier angegebene Grund „ne communione inducta, oriatur contentio" lautet allgemein und läßt daher eine Analogie allerdings zu.

296) Glück XI, §. 731, N. 46.

297) Curtius-Hänsel, Erbrecht §. 935.

298) Cod. VI. 53. comm. de legatt. c. 3.

299) Dig. 10. 2. famm. erc. L. 5.

300) Dig. l. c. L. 6.

301) Ein berühmtes Beispiel aus dem Alterthume s. oben N. 5.

302) Arg. Cod. IV. 45. c. 16. Vgl. auch sächs. erl. PO. 39, §. 9.

303) Arg. Nov. 120. c. 6. §. 2. Vgl. auch sächs. erl. PO. a. a. O.

Stückes für das Meistgebot und gegen sofortige Baarzahlung an den Ersteher[304]). Auch eine glaubhafte Niederschrift über die Auction und ihre Einzelnheiten darf man verlangen. Ein Richter, der in einer Auction ein Stück ohne Baarzahlung verabfolgt, thut solches auf eigene Gefahr[305]). Uebrigens fällt auch bei der Auction die Rescission wegen übermäßiger Verletzung weg[306]), dahingegen dieselbe aus anderen Gründen, namentlich dann eintritt, wenn der Gegenstand eine andere Veräußerungsform als die Auction verlangte[307]), wenn der Auction keine öffentliche Bekanntmachung vorherging und wenn der Zuschlag eher oder anders, als es die Vorschrift verlangt, geschah[308]). Nach dem Zuschlage oder der Addiction kommt bei der Auction nicht noch eine Adjudication, wie bei der Subhastation, vor, sondern es genügt die bloße, nach geschehener Baarzahlung des Licitum erfolgende, Uebergabe der Sache an den Ersteher, der hierdurch das volle Eigenthum daran erlangt. Doch kann es auch hier, wie bei der Subhastation, dazu kommen, daß dem Gläubiger die Sache nach der Taxe in solutum zugeschlagen wird[309]).

Endlich kann auch

D. criminalrechtlich sowohl Auction als Subhastation in Frage kommen und zwar nicht nur

1) wenn der Richter oder Gerichtsdeputirte, der Auctionator oder Auctionscommissar sich selber das subhastirte Grundstück oder auctionirte Mobiliar zuschlug — ein Fall, der schon oben berührt wurde — oder sonst wider seine Pflicht verfuhr: dann würden die Strafen der verletzten Amtspflicht, bei wirklichem Betruge und Falsum aber die diesen Verbrechen angedrohten Strafen eintreten müssen; sondern auch

2) wenn der Verkäufer oder ein sonstiger Interessent durch bestellte Scheingebote den im Ernste Bietenden hinauftreibt[310]),

3) wenn Jemand einen oder mehrere Kauflustige vom Bieten überhaupt oder vom Weiter- und Ueberbieten insbesondre durch Bestechung, Drohung ꝛc. abwendig macht[311]). — Man könnte hier fragen, ob dies

---

304) Arg. Nov. 120. cit. Vgl. auch sächs. erl. PO. cit.

305) Sächs. Zeitschrift 1841 S. 359.

306) Vgl. sächs. Dec. 19. v. J. 1746 u. preuß. allg. LR. I, 11. Abschn. 1, §. 343.

307) Z. B. wenn in Preußen ein Schiff und in Sachsen eine Schiffmühle verauctionirt wird. S. oben.

308) Preuß. allg. LR. cit. §. 349.

309) Sächs. allg. PO. 39, §. 7, 8. Carpzov, c. 32. P. I. def. 34., behauptet, daß in diesem Falle dem Schuldner kein Wiedereinlösungsrecht zustehe. — Vgl. übrigens über Auction überhaupt noch Weiske, Gewerbsrecht 1839 S. 282.

310) Damhouder, c. 5. nr. 10. und Philippi, c. 4. comm. 1. nr. 9., nehmen hier wegen Dig. 47. 20. L. 3. §. 1. (si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari) Stellionat an.

311) Hommel, obs. 586.

nicht für Betrug zu erachten sei. Bedenkt man jedoch, wie nach allen teutschen Criminalgesetzbüchern zum Betruge erfordert wird, daß der Eine den Andern durch Vorbringung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen in Irrthum führt und dadurch den Andern rechtswidrig in Nachtheil oder sich selbst rechtswidrig in Vortheil versetzt, resp. dabei wenigstens die auf solchen Nachtheil oder Vortheil zielende Absicht hat, so ist klar, daß von strafbarem Betruge hier keine Rede sein kann. Denn das Abwendigmachen der Bieter oder Mitbieter kann man nicht für falsche Thatsache und weniger noch für Unterdrückung von wahrer Thatsache ausgeben; und wenn auch die Aufstellung von Scheingeboten unter diesen Begriff passen möchte, so fehlt doch hier die Widerrechtlichkeit, indem den Scheinbietern, wenn sie nicht überboten wurden, die Sache für ihr hohes Gebot zugeschlagen worden wäre, der Ueberbieter aber zu seinem Uebergebote nicht gezwungen war. Sollten aber auch jene Handlungen als betrügerische zu betrachten sein, so erscheinen sie doch nur als Betrug bei Vertragsverhältnissen, der in der Regel straflos ist und nur dann bestraft wird, wenn er auf einem dolus contractui causam dans beruht; ein solcher ist aber hier nicht anzunehmen[312]. — Um nun aber doch solche Schwindeleien nicht ungestraft zu lassen, hat das preußische Strafgesetzbuch unter dem Titel des strafbaren Eigennutzes §. 270 festgesetzt: Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung, oder durch Zusicherung oder Gewährung irgend eines Vortheiles abhält, wird mit Geldbuße bis zu 300 Thlrn. oder mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft.

Julius Merkel.

Substitution heißt im allgemeinen eine Maßregel, wodurch in irgend einer Beziehung eine Person oder eine Sache an die Stelle einer anderen gesetzt wird[1]). In diesem Sinne pflegt man namentlich auch

---

312) Hommel, obs. 586. nr. 35. Spangenberg, pr. Erört. II, 8. Mittermaier, teutsches PR. §. 282 a. E. — Was noch insbesondre die Machinationen des Schuldners gegen den Verkauf und die Versteigerung anlangt, so hatten solche schon nach RR. nur civilrechtliche Wirkungen: Si per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet. Gordianus, Cod. VIII. 23. si in caus. iud. c. 3.

1) So z. B. beim Nießbrauche an einer Waldung: in locum demortuarum arborum alias substituere L. 18. D. de usufr. (7. 1), oder an einer Heerde: in locum capitum defunctorum vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii L. 68. §. 2. L. 70. D. eod.; so auch alium adversarium suo loco substituere in L. 1. pr. L. 3. §. 4. D. de alien. ind. mut. (4. 7.), oder in eius vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem in L. 6. C. de n. n. p. (IV. 30.) cf. L. 21. §. 1. D. ad munic. (50. 1.), substituti tutores in locum legitimi tutoris L. 28. §. 2. D. de app. (49. 1.), und substituere defen-

beim Mandat von Substitution zu reden, wenn der Beauftragte die Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäftes an seiner Statt ganz oder theilweise einem Anderen anvertraut, was die Folge hat, daß er dem Auftraggeber wegen seines Versehens in der Wahl und Anstellung des Substituten haftet, außerdem aber nur zur Erstattung dessen, was ihm seine Mandatsklage gegen den Substituten gewährt, beziehungsweise zur Abtretung dieser Klage verpflichtet ist, es wäre denn ihm die Substitution ausdrücklich oder stillschweigend untersagt worden, in welchem Falle er schlechthin für alle nachtheiligen Folgen der dennoch vorgenommenen Substitution verantwortlich ist [2]).

Eine ganz vorzügliche Bedeutung aber hat der Begriff der Substitution im Erbrechte, so zwar, daß man bei diesem Ausdrucke vorzugsweise daran zu denken pflegt [3]). Der Erblasser kann nämlich Personen bezeichnen, welchen der Nachlaß oder ein Theil desselben nach anderen, denen er vorerst bestimmt ist, zukommen soll. Eine solche Verfügung kann als Erbeinsetzung oder als Vermächtniß vorkommen. Als Vermächtniß ist sie möglich sowohl für den Fall, daß der Vorgehende den ihm bestimmten Vermögensvortheil erwerbe, als für den Fall, daß dies nicht geschehe. Als Erbeinsetzung ist sie nur den letzten Fall möglich; der Erblasser kann weder bewirken, daß ein zweiter sein (unmittelbarer) Erbe werde, anstatt eines ersten, der es wirklich geworden, noch auch kann er diesem einen Erben ernennen, der dadurch dessen Erbschaft und darin mittelbar auch die seinige erhalte. Doch ist dem Vater gestattet, seinem unmündigen Kinde Erben zu ernennen. Dies heißt pupillaris substitutio, obwohl dabei nicht einmal wesentlich ist, daß das Kind auch zur Erbschaft des Vaters berufen werde. Im Gegensatze davon heißt die Ernennung eines Erben für den Fall, daß ein Vorernannter nicht Erbe werde, als welche in jedem Testamente vorkommen kann, vulgaris substitutio. Als ein Analogon der Pupillarsubstitution kommt zudem noch eine sogenannte quasi pupillaris substitutio vor, als Ernennung von Erben für willensunfähige mündige Descendenten. Von der Substitution durch Vermächtniß und in Beziehung auf Vermächtnisse ist nun schon in einem anderen Artikel dieses Werkes (Bd. VI,

---

sorem oder fideiussorem in L. 5. §. 2. D. iud. solvi. (46. 7.). L. 2. §. 11. D. de adm. rer. (50. 8.).

2) L. 8. §. 3. D. mand. (17. 1.) cf. L. 21. §. 3. L. 28. D. de neg. gest. (3. 5.). L. 2. §. 1. D. si mensor. (11. 6.) L. 10. in f. L. 11. D. commod. (13. 6.).

3) Quellen: Dig. de vulgari et pupillari substitutione (28. 6.). Cod. de impuberum et aliis substitutionibus (VI. 26.). — Literatur: Donelli comment. lib. VI. cap. 23—27., Scipio Gentilis de substitutionibus (in opp. VII. p. 333 sq.). Ramos del Manzano prael. de vulg. et pup. subst. (in Meermanni, thesaur. VII. pag. 331 sq.), Papillonii de subst. (in Ottonis thes. IV. pag. 670 sq.), Chifletius de subst. (ibid. V. pag. 697 sq., Finestres et de Monsalvo prael. ad tit. de vulg. et pup. subst. Cervar. 1752., Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erl. d. Pand. Bd. 40, S. 248—490. Bd. 41, S. 1—44.

S. 295) die Rede gewesen. Der gegenwärtige Artikel hat demnach nur mehr zu handeln von der Erbeinsetzung durch Substitution und zwar I. von der Vulgarsubstitution, II. von der Pupillarsubstitution, III. von der Quasipupillarsubstitution.

I. Von der Vulgarsubstitution[4]). Die Vulgarsubstitution ist eine bedingte Erbeinsetzung, bedingt nämlich dadurch, daß ein anderer zuvor Eingesetzter nicht Erbe werde, an dessen Stelle alsdann der nach ihm Ernannte zur Erbschaft berufen sein soll. Die einfachste Formel derselben ist diese; A. heres esto; si A. heres non erit, B. heres esto[5]), oder: Ich setze zum Erben ein den A., wenn A. nicht Erbe wird, den B. Der zunächst eingesetzte A. heißt Institutus, der B. Substitutus[6]). Die Bedingung si A. heres non erit ist ausdrücklich oder stillschweigend in jeder Vulgarsubstitution enthalten; sie ist es, die den Begriff derselben ausmacht; außerdem können ihr, wie jeder anderen Erbeinsetzung, noch andere Bedingungen beliebig beigefügt werden und finden überhaupt die Rechtsvorschriften über Erbeinsetzungen auch auf die Vulgarsubstitution Anwendung[7]). Jene Bedingung geht sowohl auf den Fall, wenn der Institutus die Erbschaft nicht erwirbt, weil er nicht will (der barbarisch sogenannte casus voluntatis), als auf den Fall, wenn er ohne seinen Willen aus irgend einem anderen Grunde nicht Erbe wird (der noch indelicater sogenannte casus impotentiae), z. B. weil er vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt oder die Erbfähigkeit verliert[8]). Allerdings aber kann die Substitution auch wohl blos auf den einen oder anderen jener beiden Fälle und selbst auf einen näher bestimmten Fall der zweiten Art beschränkt werden; z. B. si A. ante me mortuus fuerit oder si deportatus fuerit. Jedoch kann ungeachtet solchen beschränkenden Ausdruckes dennoch die Absicht des Erblassers auf Substitution für alle Fälle gerichtet sein, und sofern diese Absicht aus den Umständen sicher zu erkennen ist, muß auch die Substitution weiter ausgedehnt werden; unberechtigt aber ist es, eine allgemeine Rechtsvermuthung für diese ausdehnende Erklärung der ihrem Ausdrucke nach beschränkten Substitution aufzustellen[9]).

Auf der anderen Seite wird die Bedingung si A. heres non erit so ausgelegt, als besage sie: si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit; sie ist also auch dann nicht erfüllt, wenn der Voreingesetzte zwar nicht selbst für sich, aber durch ihn ein Anderer die Erbschaft erwirbt[10]). Dies bezog sich auf den Fall, wenn der Voreingesetzte ein

---

4) Inst. de vulgari substitutione (II. 16.) cf. Gai. II. §. 174—178. Vgl. Anm. 3.

5) Pr. I. h. t.

6) Paul. sentt. III. 46. §. 4. Ulp. XXII. §. 23.

7) Vgl. den Art. Erbeinsetzung in Bd. III, S. 907 flg.

8) L. 3. C. de hered. instit. (VI. 25.)

9) Vgl. Mühlenbruch Bd. 40, S. 301 flg.

10) §. 4. I. h. t. L. 40. D. de hered. instit. (28. 5.)

homo alieni iuris war oder später wurde, als welcher, so lange er in diesem Verhältnisse blieb, nicht für sich selbst, sondern nur demjenigen, in dessen Gewalt er stand, die Erbschaft erwerben konnte [11]). Nach Justinianeischem Rechte kommt dieses in der alten Bedeutung nur noch bei Sclaven vor [12]) und ist insofern nach heutigem Rechte unpraktisch. In Ansehung von Kindern jedoch findet etwas ähnliches noch insofern statt, als unter gewissen Voraussetzungen der Vater die dem Kinde angetragene Erbschaft anstatt desselben für sich erwerben kann [13]). Der Selbsterwerb des Vaters tritt hier an die Stelle des nach älterem Rechte auf seinen Befehl durch das Kind für den Vater gemachten Erwerbes, und für diesen Fall ist es consequent, jener ausdehnenden Auslegung gemäß jetzt dem Vater vor dem Substituten des Kindes den Vorzug zu geben, wenn nicht der klare Wille des Erblassers ein Anderes gebietet [14]).

Eine eigenthümliche Schwierigkeit machte in dieser Beziehung der Fall, wenn der Eingesetzte zwar schon zur Zeit der Testamentserrichtung unfrei war, aber vom Erblasser für frei gehalten wurde und nun durch ihn der Herr die Erbschaft erwerben wollte. In diesem Falle fand man es billig, die Erbschaft zwischen diesem und dem Substituten des eingesetzten Sclaven zu theilen, wie dies auch Tiberius Cäsar als Herr des eingesetzten Sclaven Parthenius anerkannt hat [15]). Auch davon wäre nach strenger Consequenz jetzt noch in dem Falle etwa Gebrauch zu machen, wenn ein irrthümlich für selbstständig gehaltenes Kind eingesetzt worden und nun anstatt desselben der Vater von dessen Substituten die Erbschaft in Anspruch nehmen wollte [16]).

Die erwähnte weitere Auslegung der Substitutionsbedingung geht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Institution immer noch wirksam ist, wenn auch nur durch den Institutus ein Anderer die Erbschaft erwirbt. Nach demselben Gesichtspunkte muß nun consequent behauptet

---

11) Gai. II. §. 87. L. 79. D. de acquir. hered. (29. 2.)

12) §. 3. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.)

13) L. 8. pr. §. 1. 6. Cod. de bon. quae lib. (VI. 61.) L. 18. pr. §. 1. 3. Cod. de iure delib. (VI. 30.). Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 14, N. 92—96.

14) A. M. ist freilich mit Donell. VI. 24. §. 25—27. u. a. Mühlenbruch Bd. 40, S. 358 flg.; aber vgl. dagegen Duaren. in tit. de vulg. et pup. subst. cap. 10. (opp. I. pag. 432.), Voet ad D. h. t. §. 4. Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XII, S. 423 flg. Arndts das. XIII, S. 321.

15) Vgl. §. 4. I. h. t. u. Theophil. ad h. l. L. 40. 41. D. de hered. instit. (28. 5.). Ueber die Erklärung dieser Stellen vgl. vorzüglich Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XII, 11 u. XV, 12, welcher dem Substituten nur ein Viertheil der Erbschaft zuspricht und dieses als consequente Folgerung aus der Natur einer adiectio heredis unter alternativer Bedingung darzustellen sucht (vgl. dieses Werk Bd. III, S. 928, N. 123); gegen denselben aber Vangerow und Mayer a. a. O. und Arndts in derselben Zeitschr. XIII, 12 und XIX, 11.

16) Theophil. ad §. 4. I. h. t. Vgl. Arndts a. a. O. XIX, S. 395 mit Huschke XV, S. 305 flg.

werden, daß auch derjenige dem Substituten vorgehe, welcher nach dem Tode des Institutus kraft sogenannten Transmissionsrechtes anstatt desselben zur Erbschaft berufen wird [17]). Mit Unrecht hat man dieses, hauptsächlich wegen einer Stelle der Pandekten [18]), namentlich in Beziehung auf die sogenannte transmissio Iustinianea, bestritten für den Fall, daß dem Institutus eine Antretungsfrist gesetzt und dieser vor dem Ablaufe, ohne angetreten zu haben, verstorben ist [19]); es steht nichts im Wege, daß auch hier der Transmissar durch Antretung innerhalb des Restes jener Frist den Substituten ausschließe [20]). Aber freilich wird in diesem wie in jedem anderen Falle vorausgesetzt, daß nicht der klar erkannte Wille des Erblassers entgegenstehe, daß also dieser nicht die Antretung durch den Institutus selbst ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung der Wirksamkeit der Institution gemacht habe [21]).

Ausgeschlossen wird der Substitut auch dann, wenn dem Voreingesetzten die Erbschaft wegen Unwürdigkeit zum Vortheil eines Anderen, z. B. des Fiscus, entrissen wird, sei es auch, daß jener in Aussicht auf diesen Fall die Erbschaft ablehnt [22]).

---

17) L. un. C. de his qui ante apert. tab. (VI. 52.) (sog. transmissio Theodosiana); L. 19. C. de iure delib. (VI. 30.) (sog. transmissio Iustinianea); L. 86. pr. D. de acquir. hered. (29. 2.) L. 84. eod. L. 12. D. de carb. ed. (37. 10.) u. a. (sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis); vgl. Arndts, Pand. §. 512—516. Dies wird, obwohl nicht eben consequent (vgl. N. 14), auch von Mühlenbruch Bd. 40, S. 337 flg. anerkannt, unter Bezugnahme auf L. 40. D. de hered. instit. (not. 15.) und besonders auf L. un. §. 13. D. de cad. toll. (VI. 51.) in den Worten: Quum autem in superiore parte legis, non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum ... pervenire.

18) L. 72. D. de acquir. hered. (29. 2.): Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et, si non ita adierit, alius ei substituatur, nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non soleat.

19) Mühlenbruch Bd. 40, S. 329 flg.

20) Vangerow, im Archiv f. civ. Prax. Bd. 24, S. 174 flg. und (gegen sich selbst) Mühlenbruch Bd. 43, S. 224 flg.

21) Nach älterem Rechte war es gewöhnlich, dem Institutus eine bestimmte Frist der Antretung, und zwar durch cretio, zu setzen, entweder ein tempus utile, z. B. Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus sciet poteritque (sog. cretio vulgaris) oder ein tempus continuum, ohne den letzten Zusatz (cretio continua oder certorum dierum); und dazu entweder noch mit dem Zusatze: quodsi ita creverit, exheres esto (cretio perfecta) oder ohne diesen (cretio imperfecta). Im letzten Falle konnte der Institutus auch durch formlose Antretung doch neben dem Substituten zum Theil Erbe werden und schloß diesen nach einer Constitution des M. Aurelius sogar ganz aus, wenn die Antretung nur innerhalb der Frist erfolgte, während im Falle der cretio perfecta durch Versäumung der cretio innerhalb der Frist der Institutus ausgeschlossen wurde. Gai. II. §. 164—178. Ulp. XXII. §. 25—34. Aber im Justinianeischen Rechte ist davon, nachdem diese cretionum solennitas außer Gebrauch gekommen, keine Rede mehr. L. 17. C. de iure delib. (VI. 30.)

22) L. 15. pr. D. de Sc. Silan. (29. 5.) Vgl. Arndts, Pand. §. 520 a. E.

Nach dem Bisherigen ist die Bedingung, welche das Wesen der Substitution ausmacht, erfüllt, wenn entschieden ist, daß weder der Voreingesetzte als solcher selbst, noch durch ihn oder an seiner Statt kraft derselben Erbeinsetzung ein Anderer die Erbschaft erwerbe. Alsdann wird die in der Substitution enthaltene Erbeinsetzung wirksam als eine solche, der keine andere Erbeinsetzung mehr vorgeht, und, wenn sie nicht etwa noch an andere Bedingungen geknüpft ist, so wird nun die Erbschaft, soweit sie dem Institutus bestimmt war, dem Substituten deferirt[23]). Dasselbe Verhältniß tritt wiederum ein, wenn dem Substituten abermals ein anderer substituirt ist und so weiter. Solche Substitutionen bilden verschiedene Grade der Erbschaft unter einander, vergleichbar den Klassen und Graden der gesetzlichen Erbfolgeordnung[24]); jeder entferntere Grad der Erbeinsetzung wird erst wirksam, wenn alle vorhergehenden unwirksam geworden sind; wobei nichts darauf ankommt, in welcher Reihenfolge diese weggefallen sind, ob z. B. zuerst der Ersteingesetzte (Institutus), dann der Zweiteingesetzte, d. i. der erste Substitut, oder umgekehrt: denn substitutus substituto est substitutus quoque instituto[25]).

Hat dagegen der Voreingesetzte einmal die Erbschaft erworben, so werden dadurch alle nachfolgenden Grade der Erbeinsetzung beseitigt[26]). Streng genommen würde demnach der Substitut immer auch ausgeschlossen sein, wenn der Voreingesetzte als suus heres von selbst Erbe geworden, ob auch derselbe von dem beneficium abstinendi Gebrauch mache. Allein der Substitut kann gemäß dem edictum successorium jedenfalls secundum tabulas bonorum possessionem erlangen, wenn diese nicht von dem Voreingesetzten innerhalb der gehörigen Zeit agnoscirt worden ist, und kraft dieser bonorum possessio dann die Erbschaft behaupten, da der Civilerbe, nämlich der abstinirende suus, ihm dieselbe nicht streitig macht[27]). In gleicher Weise kann der Substitut auch dann zur Erbschaft gelangen, wenn der Voreingesetzte gegen den Erwerb der Erbschaft Restitution erwirkt hat. Hatte dieser auch bereits bonorum possessio agnoscirt, so scheint freilich die bonorum possessio des Substituten ex successorio edicto nicht mehr statthaft[28]), allein, da die Restitution doch sonst die Wirkung der geschehenen Agnition beseitigt[29]), eben deshalb nun auch mindestens eine decretalis bonorum possessio

23) L. 69. D. de acquir. hered. (29. 2.)

24) Pr. I. h. t. (II. 15.) L. 36. pr. D. h. t. Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 696.

25) L. 41. pr. D. h. t.

26) L. 7. pr. D. de acquir. hered. (29. 2.)

27) L. 44. D. de re iud. (42. 1.) cf. L. 12. D. de interrog. in iure (11. 1.) Mühlenbruch Bd. 40, S. 360 flg. Bd. 43, S. 360 flg.

28) Arg. L. 2. D. de succ. ed. (38. 9.) Wegen dieser Stelle ist die Erbfolge des Substituten im fraglichen Falle denn auch von Vielen bezweifelt worden.

29) Arg. L. 24. §. 4. D. de min. (4. 4.) Nicht entgegensteht L. 7. §. 10. eod. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 23, N. 167.

des Substituten als Nächstberufener am Platze zu sein, wenn dieser die Erbschaft übernehmen will[30]). Umgekehrt verliert der Substitut die Erbschaft, wenn der Voreingesetzte gegen die Ablehnung der Erbschaft in den vorigen Stand wieder eingesetzt ist[31]).

So lange endlich kraft der vorgehenden Erbeinsetzung die Erbschaft noch erworben werden kann, stellt sich die Substitution dar als Erbeinsetzung unter einer noch schwebenden Bedingung, als eine Erbeinsetzung, deren Wirksamkeit ungewiß, aber noch möglich ist. Die Wirksamkeit einer bestimmten Erbeinsetzung aber kommt der Substitution auch jetzt schon zu; daher kann der Substitut, gleich einem anderen bedingten Erben, auch jetzt schon bonorum possessio erlangen, vorausgesetzt, daß diese nicht durch Agnition des näher berechtigten Institutus ausgeschlossen wird[32]). Ist die vorgehende Erbeinsetzung ebenfalls eine bedingte, so bleibt, so lange diese Bedingung schwebt, auch die Substitution noch als bedingte Einsetzung in der Schwebe; der Substitut hat daher Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn dem Voreingesetzten noch vor eigentlicher Erfüllung der Bedingung die Erbschaft überlassen wird[33]), und so muß namentlich die Mucianische Caution auch zu Gunsten des Substituten geleistet werden[34]). Uebrigens kann der Substitut, um der Ungewißheit ein Ende zu machen, den Voreingesetzten zur Erklärung über die Annahme der Erbeinsetzung, beziehungsweise zur Erbittung einer Ueberlegungsfrist, anhalten[35]), und dieses findet auch im Verhältniß der Substituten entfernteren Grades zu den vorgehenden Anwendung[36]).

Im Belieben des Erblassers steht es, Einem Eingesetzten mehrere zu gleichen oder ungleichen Theilen zu substituiren sowie umgekehrt für mehrere Eingesetzte einen und denselben oder auch mehrere zu Substituten zu ernennen[37]), und zwar das letzte entweder so, daß die Substitution auf jeden einzelnen Eingesetzten insbesondre, oder so, daß sie auf alle Eingesetzte gemeinschaftlich zu beziehen ist. Im letzten Falle tritt die Substitution erst alsdann in Wirksamkeit, wenn keiner der Eingesetzten Erbe wird, und wird somit durch das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen; im anderen Falle geht das Recht der Substituten diesem vor.

---

30) Vgl. Mühlenbruch Bd. 40, S. 361 flg.

31) L. 7. §. 10. cit. Mühlenbruch S. 365.

32) L. 6. 10. D. de b. p. s. t. (37. 11.) L. 2. §. 4. eod. Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 930, N. 139—144.

33) L. 8. D. de stip. praet. (46. 5.) L. 12. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Vgl. dieses Werk a. a. O. N. 144—147.

34) L. 18. D. de cond. et dem. (35. 1.) Nov. 22. cap. 44. §. 9. Vgl. a. a. O. N. 148—160.

35) L. 69. D. de acquir. hered. (29. 2.) cf. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Vgl. dieses Werk Bd. I, S. 887 flg. Bd. IV, S. 11.

36) L. 69. cit. L. 10. D. de iure delib. (28. 8.)

37) L. 36. §. 1. D. h. t. §. 1. I. h. t.

Auch Eingesetzte können anderen Eingesetzten und sodann alle Eingesetzte auch einander gegenseitig substituirt werden[38]). In diesem Falle erben sie als Substituten, wenn der Erblasser nicht anders bestimmt hat, nach gleichem Verhältniß, wie als Instituti[39]); ist ihnen aber noch ein anderer Nichteingesetzter beigefügt, so ist für diesen vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion auszuscheiden und das übrige unter jene nach Verhältniß ihrer Institutionsportionen zu vertheilen[40]).

Ist Jemand einem solchen, der zugleich selbstständig eingesetzt und einem Miterben substituirt ist, zum Substituten ernannt, so ist diese Substitution im Zweifel auf beide Erbtheile seines Vorerben, sowohl den Institutions- als Substitutionserbtheil, zu beziehen; man stellt mit Recht auch in diesem Sinne die Regel auf: substitutus substituto est substitutus instituto, oder genauer: substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto, und umgekehrt: substitutus instituto substituto substitutus huic quoque censetur qua substituto[41]). Ueberhaupt aber tritt der Substitut, wenn er nicht besonders beschränkt ist, ganz an die Stelle des Voreingesetzten und bekommt also dessen ganzen Erbtheil, auch mit dem durch das Anwachsungsrecht hinzugekommenen Zuwachs[42]), nicht auch mit den jenem zugedachten Prälegaten, wenn nicht der Erblasser auch auf diese die Substitution zu erstrecken den Willen an den Tag gelegt hat[43]). Andererseits bekommt der Substitut als solcher auch nicht mehr als worauf der Vormann eingesetzt war; wenn ihm ausdrücklich ein größerer Erbtheil als diesem angewiesen ist, so ist er in Ansehung des Mehrtheiles nur als bedingt Eingesetzter (sub conditione institutus), nicht als Substitut anzusehen[44]). Auch hat der Substitut im Zweifel die dem Vormanne auferlegten Ver-

---

38) §. 1. I. h. t. L. 4. §. 2. L. 23. D. h. t. Die Doctrin nennt dies substitutio mutua oder reciproca (cf. L. 64. D. de legat. II.), und, wenn es durch einen allgemeinen Ausdruck (eosque invicem substituo) geschieht, substitutio breviloqua oder compendiosa (cf. L. 8. C. h. t.). Dabei sind die auf einen Erbtheil vereinigt Eingesetzten (coniuncti) zunächst nur unter sich für gegenseitig substituirt anzusehen. L. 41. §. 4. D. h. t. Vgl. Mühlenbruch Bd. 40, S. 309 flg.

39) §. 2. I. h. t. L. 24. 41. §. 1. 4. D. h. t. cf. L. 5. C. h. t.

40) L. 32. D. h. t.

41) §. 3. I. h. t. L. 27. 41. pr. D. h. t.

42) L. 59. §. 3. D. de hered. instit. (28. 5.)

43) Vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 316 flg. Sintenis, Civilr. III, §. 174, N. 9.

44) L. 9. §. 15. L. 15. §. 1. L. 1. D. l. c. Man möchte hiernach glauben, daß auch der einem Nichteingesetzten (si heres non erit) Substituirte doch eben als bedingt Eingesetzter erben könne. Aber L. 19. D. l. c. entscheidet dagegen, selbst wenn noch ein Erbtheil vacant wäre: Si quis vacua parte relicta ita instituerit: si mihi Seius heres non erit (quem non instituerat), Sempronius heres esto, an hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, quia huic pars esset data, quae nulla esset. Quam sententiam et Iavolenus probat et Pomponius et Arrianus, et hoc iure utimur (Paul. ad Sab.).

mächtnisse zu tragen, wenn sie nicht in einer auf die Persönlichkeit des letzten berechneten Auflage bestehen[45]). Uebrigens ist die Substitution als besondere Erbeinsetzung unabhängig von der Erbeinsetzung des Institutus, und ist daher eine der letzten hinzugefügte Bedingung nicht ohne weiteres zugleich auf jene zu beziehen, wenn sie nicht dabei wiederholt ist, sondern vielmehr der Substitut eben auch für den Fall, daß der Institutus wegen Nichterfüllung der Bedingung nicht Erbe werde, zur Erbschaft berufen[46]).

Derjenige endlich, welcher zugleich instituirt und einem Miterben substituirt ist, sowie derjenige, welcher verschiedenen Instituirten, einem jeden besonders substituirt ist, steht demjenigen gleich, welcher sonst irgendwie auf verschiedene Erbtheile, auf den einen bedingt, auf den anderen unbedingt oder auf den einen unter dieser, auf den anderen unter einer anderen Bedingung, eingesetzt ist[47]). Daher werden bei der Berechnung des Falcidischen Viertheiles alle Erbtheile, welche jener wirklich erwirbt, zusammengeworfen und als ein Ganzes betrachtet[48]). Daher erwirbt derjenige, welcher als Institutus angetreten hat, sobald der Substitutionsfall eintritt, von selbst auch den Erbtheil des Miteingesetzten, dem er substituirt ist[49]), wie der auf einen Theil bedingt, auf einen anderen unbedingt Eingesetzte nach Annahme des letzteren durch Erfüllung der Bedingung von selbst auch für den ersten Theil Erbe ist[50]), jedoch vorausgesetzt, daß er auch den Substitutionsfall, das Wegfallen des Miteingesetzten, erlebe, weil ihm nur dann kraft der Substitution dessen Erbtheil deferirt ist[51]). Andererseits kann der-

---

45) L. 61. §. 1. D. de legat. II. cf. L. un. §. 9. C. de ead. toll. (VI. 51.) Vgl. dieses Werk Bd. VI, S. 257, N. 48—50.

46) L. 73. D. de hered. instit. (28, 5.) L. 27. pr. eod.

47) L. 27. pr. L. 33. 59. §. 6. D. eod. Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 928, N, 124—126.

48) L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) cf. L. 11. §. 7. eod. Vgl. dieses Werk Bd. VI, S. 317, N. 311—316.

49) L. 35. pr. D. de acquir. hered. (29. 2.)

50) L. 53. 76. pr. D. eod.

51) L. 81. eod. L. 23. 45. §. 1. D. h. t. L. 9. D. de suis et legit. (38. 16.) cf. L. 59. §. 6. D. de hered. instit. (28. 5.). Im Widerspruche mit dieser letzten Stelle läßt L. 53. pr. D. de acquir. hered. den bedingten Erbtheil auch noch den Erben des Institutus, der den unbedingten angetreten hatte, von selbst anfallen, wenn die Erfüllung der Bedingung erst nach dessen Tode stattfindet: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerat, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Daher stellt man dies, abweichend von dem, was bei der Substitution gilt, die doch auch eine bedingte Erbeinsetzung ist, als Regel auf, z. B. Puchta, Pand. §. 504, N. r. s. Mühlenbruch Bd. 40, S. 328, ohne den Widerspruch mit L. 59. §. 6. cit. irgendwie befriedigend lösen zu können. Mühlenbruch Bd. 43, S. 150 flg. Durch eine leichte Textverbesserung wird dieser Widerspruch beseitigt und die Consequenz hergestellt: man braucht nur in L. 53. pr. cit. statt posteaque zu lesen postea quam. Arndts, Pand. §. 517, Anm. 1, dem jetzt auch beistimmt Vangerow, Pand.

jenige, welcher als Institutus abgelehnt hat, auch nicht mehr als Substitut die Erbschaft antreten, wenngleich erst nachher der Miteingesetzte, dem er substituirt ist, wegfällt. Dies versteht sich von selbst, wenn die Substitution zugleich ausdrücklich durch den Erwerb der Institutionsportion bedingt ist[52]), und bei wechselseitiger Substitution der eingesetzten Erben wird dies in der Regel stillschweigend als gewollt angenommen[53]). Aber auch in anderen Fällen muß dasselbe als Regel gelten, da sogar wer als Eingesetzter des Vaters Erbschaft abgelehnt hat, auch nicht als Pupillarsubstitut mittelbar wieder zur väterlichen Erbschaft gelangen soll[54]).

II. Von der Pupillarsubstitution[55]). Die Pupillarsubstitution ist Ernennung eines Erben durch den Vater für sein Kind, auf den Fall, daß dieses nach ihm noch vor erreichter Mündigkeit sterbe, z. B.: Filio meo, si intra pubertatem (oder auch: priusquam in suam tutelam venerit) decesserit, Titius heres esto[56]). Das Recht dazu hat der Vater (beziehungsweise der Großvater) kraft der väterlichen Gewalt, die insofern nach dessen Tode noch fortwirkt bis dahin, daß das Kind sich selbst ein Testament zu errichten die Fähigkeit erlangt[57]). Demnach kann nur der Vater, nicht auch die Mutter[58]), und nur den in seiner

---

II, §. 498. Von selbst versteht sich übrigens, daß auf die Erfüllung der Bedingung des zweiten Erbtheiles, also auch auf den Zeitpunkt derselben nichts ankommt, wenn neben dem mehrfach Eingesetzten nicht noch andere Eingesetzte oder Substituten vorkommen, weil alsdann kraft des Anwachsungsrechtes ohnehin die ganze Erbschaft jenem oder dessen Erben zufällt. L. 9. D. cit. L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. (35. 1.). Auf einen solchen Fall bezieht sich L. 33. D. de hered. instit. (28. 5.) Mühlenbruch Bd. 40, S. 327.

52) Arg. L. 8. 31. pr. D. h. t.

53) L. 23. in f. D. eod. L. 41. §. 4. D. eod.

54) L. 10. §. 4. D. h. t. cf. L. 35. pr. in f. D. de acquir. hered. (29. 2.): sunt enim (sc. substitutiones) appendices praecedentis institutionis. L. 20. C. de iure delib. (VI. 30.) Man hat freilich das Gegentheil behauptet wegen L. 76. §. 1. D. eod. (Iavolen.): Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere (Vulg. Hal. omittere) velim aut vindicare. Vangerow, Pand. III, §. 491, Anm. 2. Arndts, Pand. (erste Aufl.) §. 517, Anm. 2. Aber vgl. dagegen Leist, obs. ad L. 76. §. 1. D. de acquir. v. omitt. hered. Ienae 1853., welcher diese Stelle wohl mit Recht nur auf den Fall bezieht, wenn der Eingesetzte die Erbschaft nicht ausgeschlagen, sondern nur deren Antretung als Institutus versäumt hat, und dieselbe genauer mit Rücksicht auf das alte Recht der Cretio (Anm. 22) erklärt, vermuthend, daß die Worte omiserit aditionem interpolirt seien für omiserit cretionem.

55) Inst. de pupillari substitutione (II. 14.) Vgl. Anm. 3 und Gai. II §. 179—184. Ulp. Fragm. XIII. §. 7—9.

56) L. 2. pr. L. 8. D. h. t.

57) Pr. I. h. t. L. 2. pr. cit.

58) Nicht widersprechend L. 33. pr. D. h. t., als welche nur von einer bedingten Vulgarsubstitution spricht.

väterlichen Gewalt befindlichen Kindern[59]) pupillariter substituiren, jedoch auch im voraus den noch nicht geborenen (postumis), sofern sie, noch bei seiner Lebzeit geboren, seiner Gewalt unterworfen sein würden[60]), nicht aber den emancipirten[61]), und nicht über die Jahre der Unmündigkeit hinaus[62]), während nichts entgegensteht, die Pupillarsubstitution auf ein jüngeres Alter des Kindes innerhalb der Unmündigkeit desselben zu beschränken[63]). Nur der Soldat ist in doppelter Beziehung privilegirt, indem er sowohl dem Kinde über die Zeit seiner Unmündigkeit hinaus[64]), als auch dem emancipirten Kinde[65]) Erben ernennen kann, beides jedoch nur mit Beschränkung auf das von ihm her dem Kinde zukommende erbschaftliche Vermögen. Eine wesentliche Voraussetzung bei der Pupillarsubstitution ist zudem, daß das Kind durch den Tod des Vaters, welcher sie vornimmt, sui iuris werde; daher ist ungiltig die Pupillarsubstitution durch den Großvater, wenn der Enkel durch den Tod desselben unter die Gewalt seines Vaters fällt[66]).

Sodann ist zu einer giltigen Pupillarsubstitution regelmäßig auch erforderlich, daß der Vater in Ansehung seines eigenen Nachlasses auf giltige Weise einen Erben entweder zugleich ernenne oder schon vorher ernannt habe[67]). Die Pupillarsubstitution ist nur ein Theil oder Anhang des Testamentes, das der Vater für sich selbst errichtet, von dem rechtlichen Dasein des letzten abhängig, und die ganze Willensordnung des Vaters ist insofern unum testamentum, obwohl duarum causarum sive hereditatum, et patris et filii; wegen dieser Doppelbeziehung aber kann sie auch als zwei Testamente enthaltend angesehen werden[68]). Wird die Pupillarsubstitution nicht zugleich mit der Errichtung des väterlichen Testamentes angeordnet, so bedarf es für beide der ganzen Form der Testamentserrichtung, sei es schriftlich oder mündlich; im anderen Falle genügt eine solenne Testamentserrichtung; doch kann

---

59) Pr. I. I. c. cf. §. 9. eod.

60) §. 4. I. l. c. L. 2. pr. L. 31. §. 1. L. 41. §. 2. D. h. t.

61) L. 2. pr. D. h. t.

62) §. 8. I. h. t. L. 7. 14. D. h. t. Jedoch kann in weiterer Erstreckung der Pupillarsubstitution ein Fideicommiß enthalten sein, wenngleich dies nicht in jedem Falle als sich von selbst verstehend anzunehmen ist. Mühlenbruch Bd. 40, S. 379 flg.

63) Z. B. si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius ei heres esto. L. 21. 38. §. 1. D. h. t.

64) L. 15. 28. D. h. t.

65) L. 41. §. 4. D. de test. mil. (29. 1.)

66) L. 2. pr. L. 41. §. 2. D. h. t. Daß schon zur Zeit der Testamentserrichtung das Kind in unmittelbarem Suitätsverhältnisse zum Testator stehe, ist nicht erforderlich; vielmehr kann selbst einem fremden Kinde wirksam substituirt werden, falls später dasselbe adoptirt wird. L. 2. pr. cit. a. E. Mühlenbruch Bd. 40, S. 371 flg.

67) §. 5. I. h. t. L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4. D. h. t.

68) §. 2. I. h. t. L. 2. §. 4. D. h. t. L. 2. §. 2. D. de hered. vend. (18. 4.)

auch in diesem Falle die Pupillarsubstitution in einer gesonderten, sogar mit allen Förmlichkeiten versehenen Testamentsurkunde (pupillares tabulae) niedergelegt werden[69]). Der Soldat nur ist auch darin wieder privilegirt, daß er dem Kinde einen Pupillarsubstituten geben kann, ohne für sich selbst ein Testament zu errichten sowie er auch über seine eigene Erbschaft nur zum Theil durch Testament verfügen, für den anderen Theil die gesetzliche Erbfolge bestehen lassen kann[70]).

Daß das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt sei, ist zur Giltigkeit der Pupillarsubstitution an sich nicht erforderlich, wenn nur das väterliche Testament, ungeachtet jenes nicht geschehen, rechtlichen Bestand hat[71]). So kann namentlich auch dem giltig enterbten Kinde ein Pupillarsubstitut gegeben werden und wenn auch das Testament nach Nov. 115 wegen ungesetzlicher Uebergehung oder Ausschließung des Kindes anfechtbar ist, so bleibt doch die darin angeordnete Pupillarsubstitution nichtsdestoweniger in Kraft[72]). Der gewöhnliche Fall aber ist, daß das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt ist; ja, von diesem Falle ist ursprünglich ohne Zweifel Begriff und Bezeichnung der Pupillarsubstitution ausgegangen[73]). Alsdann wird der Pupillarsubstitut als solcher zwar, wie immer, zunächst zu des Kindes Erbschaft berufen, erhält aber in dieser auch die dem Kinde durch den Tod des Vaters von selbst zugefallene väterliche Erbschaft und wird sonach mittelbar auch des Vaters Erbe, soweit es das Kind geworden ist[74]). Wenn nun das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt ist, so kann ihm der Pupillarsubstitut zugleich auch in Ansehung der väterlichen Erbschaft als Vulgarsubstitut bestellt und somit Pupillar- und Vulgarsubstitution vereinigt sein, duplex substitutio, z. B. Filius heres esto: si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto[75]). Ja, im Zweifel ist sogar die den Worten nach blos als Vul-

---

69) L. 2. §. 4—7. L. 20. D. h. t. §. 3. I. h. t. L. 8. §. 4. D. de b. p. s. t. (37. 11.) cf. Gai. II. 180. 181. Nach älterem Recht mußte sogar im selben Testamente die Institution der väterlichen Erben der Pupillarsubstitution vorausgehen; nach Justinianeischem Rechte kann es darauf nicht mehr ankommen, obwohl L. 2. §. 4. D. h. t. es noch zu fordern scheint. Vgl. §. 34. I. de legat. (II. 20.) mit Gai. II. 229. Aber bei gesonderter Errichtung beider Testamente wird Priorität des väterlichen vorausgesetzt. Mühlenbruch Bd. 40, S. 384 flg. — Uebrigens kommen besondere pupillares tabulae auch zum Zwecke einer bloßen Vulgarsubstitution vor. L. 33. pr. D. h. t. Anm. 58.

70) L. 2. §. 1. D. h. t. Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 921, N. 91.

71) §. 4. I. h. t. L. 1. §. 2. L. 10. §. 5. D. h. t.

72) Nov. 115. cap. 3. in f. cap. 4. in f.

73) Darauf deutet der Ausdruck: si filius intra pubertatem decesserit, tunc Seius mihi heres esto, oder: mihi secundus heres esto; L. 1. §. 1. D. h. t. L. 8. §. 1. D. de b. p. s. t. (37. 11.) Cic. de invent. (II. 42) oder: tunc in locum partemve eius Titius heres esto. L. 41. §. 8. D. h. t. Vgl. Vangerow, Pand. §. 452, Anm.

74) L. 10. §. 2. 3. 5. D. h. t.

75) L. 1. §. 1. D. h. t. Heredis substitutio (aut) duplex est aut simplex.

garsubstitution sich darstellende Verfügung zugleich als Pupillarsubstitution auszulegen, und umgekehrt[76]). Im Zweifel, d. h. wenn weder ein anderer Wille des Testators bestimmt ausgesprochen ist, noch sonst ein besonderer Umstand jener Willensauslegung entgegensteht. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn mehrere Eingesetzte, von denen nur einem oder einigen pupillariter substituirt werden kann, einander wechselseitig substituirt sind[77]) oder wenn dieselbe Person zugleich einem unmündigen Kinde und einem anderen Eingesetzten substituirt ist[78]). Insbesondre auch soll nach einer Verordnung Justinian's, wenn Jemand seine Frau und den von ihr erwarteten Posthumus eingesetzt, für den Fall aber, daß dieser nicht geboren werde, einen Dritten an seiner Statt zum Erben ernannt hat, und nun das geborene Kind in der Unmündigkeit stirbt, alsdann die Mutter als gesetzliche Erbin des Kindes den Substituten desselben von der Erbfolge ausschließen[79]). Der Pupillarsubstitut kann ferner auch zugleich im ersten Grade zum Erben des Vaters eingesetzt sein und so kann der Vater auch kurzweg alle zu seiner Erbschaft eingesetzten Erben zugleich zu Erben des Kindes ernennen (quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto). Darnach werden jene im Zweifel nach demselben Theilungsverhältnisse, in welchem sie zu Erben des Vaters ernannt sind, auch zu des Kindes Erbschaft

---

(Simplex est) veluti: Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius mihi heres esto. (Duplex veluti: filius mihi heres esto); si heres non erit sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto. Ueber die in Klammern eingeschlossenen Ergänzungen des Textes vgl. Savigny's Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter, 2. Aufl., III, S. 457. Die Vulgarsubstitution wird hiernach auch als substitutio in primum, die Pupillarsubstitution als substitutio in secundum casum bezeichnet, die Vereinigung beider als substitutio in utrumque casum.

76) L. 4. D. h. t. L. 4. C. h. t. Man nennt dies im ersten Falle substitutio pupillaris tacita, im anderen substitutio vulgaris tacita. Die letzte war schon zu Cicero's Zeit, nach der von Crassus gegen A. M. Scaevola vertheidigten Ansicht, in folgender Verfügung eines gewissen Coponius anerkannt: Si mihi filius genitur, isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit, Curius mihi secundus heres esto, nachdem nämlich die Geburt des Postumus vergeblich erwartet war. Cic. de orat. I. 39. II. 32. de invent. II. 21. 42. Brut. 52. 53. Top. 10. Später wurde die fragliche Auslegungsregel nach beiden Seiten hin durch Constitutionen bestätigt. L. 4. D. h. t. Mit Unrecht wollen Einige den Schluß von der Pupillar- auf die Vulgarsubstitution nicht gelten lassen: Wening, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. 6, 7. Vgl. dagegen Mühlenbruch Bd. 40, S. 266 flg. Vangerow, Pand. §. 451, Anm. 1, §. 453, Anm. 1.

77) L. 4. §. 2. L. 45. pr. D. h. t. L. 2. C. h. t. L. 6. C. de test. mil. (VI. 21.)

78) L. 4. C. h. t.

79) L. 9. C. h. t. — Mit Unrecht erkennt Vangerow, §. 451 Anm. 1 a. E., unter anderen auch in dem besonderen Verschluß des die Pupillarsubstitution enthaltenden Theiles des Testamentes einen Gegengrund gegen die Annahme einer tacita vulgaris substitio. Vgl. Anm. 70.

berufen, aber nur diejenigen von ihnen, welche wirklich des Vaters Erben geworden sind und zudem die Delation der Erbschaft des Kindes erleben [80]). Doch wird jener Ausdruck quisquis mihi heres erit von denjenigen verstanden, welche entweder selbst Erben des Vaters werden oder einen Anderen dazu machen, wie der Sclave den Herrn. Der letzte erbte daher nicht deshalb auch als Pupillarsubstitut, weil er durch den eingesetzten Sclaven die Erbschaft des Vaters erworben hatte, sondern, wenn der Sclave zur Zeit des Anfalles der Erbschaft des Pupillen frei oder in eines anderen Herrn Gewalt war, so konnte er nun die Erbschaft für sich selbst oder für seinen jetzigen Herrn erwerben [81]). Dasselbe müßte nach älterem Rechte ebenso auch in Ansehung eines eingesetzten Hauskindes gelten. Nach neuerem Rechte aber ist für diesen Fall consequent Folgendes anzunehmen: Hat der Vater des eingesetzten Hauskindes anstatt desselben die Erbschaft des testirenden Vaters selbst erworben, so erwirbt er nachher in gleicher Weise auch kraft der Pupillarsubstitution seines eingesetzten Kindes die Erbschaft des unmündigen Kindes des Testators, wofern jenes zur Zeit des Anfalles dieser Erbschaft noch in seiner Gewalt ist, also selbst dieselbe, mit dem Rechte des Nießbrauches für seinen Vater, erwerben würde, falls es die väterliche Erbschaft angenommen hätte; außerdem kann der Vater desselben auf keinen Fall anstatt seiner die Pupillarerbschaft erwerben, das eingesetzte Kind aber nur, sofern es ihm noch freisteht, obgleich es als instituirt des Testators eigene Erbschaft nicht angenommen hat [82]).

Hat der Vater seinen eingesetzten Erben ohne nähere Bestimmung noch einen anderen nicht eingesetzten als Pupillarsubstituten des Kindes hinzugefügt, so ist nach der Entscheidung Justinian's [83]) der letzte im Zweifel als auf einen Kopftheil der Kindeserbschaft eingesetzt anzusehen, der übrige Theil dieser Erbschaft aber ist dann unter die zugleich instituirten Pupillarsubstituten nach Verhältniß ihrer Antheile an der väterlichen Erbschaft zu vertheilen [84]). Uebrigens gilt von der Pupillarsubstitution im ganzen dasselbe, was in Ansehung der Einsetzung eigener Erben Rechtens ist. So kann die Pupillarsubstitution auch unter Bedingungen stattfinden. Insbesondre ist in Ansehung derselben auch wieder eine Vulgarsubstitution statthaft [85]): z. B. Titius filio meo, si intra pubertatem decesserit, heres esto; si Titius

80) L. 8. 10. pr. D. h. t.
81) L. 3. 8. §. 1. eod.
82) Vgl. oben Anm. 10—16.
83) L. 11. C. h. t.
84) L. 9. D. h. t. Diese Stelle giebt im Widerspruch mit L. 11. C. cit. (v. J. 531) dem beigefügten Substituten die Hälfte und theilt die andere Hälfte unter die übrigen nach Verhältniß ihrer Institutionserbtheile. Nach L. 19. cit. kann nur der letzte Moment, den Theilungsmaßstab betreffend, aus L. 9. cit. noch festgehalten werden, und so ergiebt sich denn für die Pupillarsubstitution dasselbe, was nach L. 32. D. h. t. für die Vulgarsubstitution gilt. Anm. 41.
85) L. 13. 25. D. h. t.

heres non erit (sc. filio intra pubertatem defuncto). Caius heres esto. Der Pupillarsubstitut eines Kindes aber, das selbst einem anderen Kinde pupillariter substituirt ist, gilt nicht deshalb auch als Pupillarsubstitut des letzten [86]).

In Ansehung der Voraussetzungen einer giltigen Pupillarsubstitution ist endlich noch zu bemerken, daß bei derselben der Vater weder seine eigenen noch des Kindes Notherben oder Pflichttheilsberechtigte zu berücksichtigen braucht und diese wegen Verletzung ihrer Erbansprüche die Pupillarsubstitution anzufechten nicht berechtigt sind. Von der Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung gewisser Personen konnte nach älterem Rechte bei der Pupillarsubstitution keine Rede sein, weil solche nur in Ansehung der sui heredes bestand, der Pupill aber keine sui heredes hinterlassen konnte, während dagegen die gehörige Berücksichtigung der sui heredes des Vaters in Beziehung auf dessen eigene Erbschaft zu den Voraussetzungen der Giltigkeit des väterlichen Testamentes, also auch der Pupillarsubstitution gehörte. Das Pflichttheilsrecht aber der Verwandten des Pupillen kam nicht in Betracht, weil die Beschwerde über Pflichtwidrigkeit des Testamentes in der Lieblosigkeit gegen den nächsten Angehörigen ihren Grund hatte, hier aber nicht des Kindes, sondern des Vaters Wille es war, der sie ausschloß; und das Pflichttheilsrecht der Verwandten des Vaters nicht, weil es nicht seine, sondern des Kindes Erbschaft war, in Ansehung deren er sie zurücksetzte [87]). Diese Ansicht aber muß nun auch in gleicher Beziehung auf die neueren Bestimmungen der Novelle 115 noch als entscheidend festgehalten werden [88]).

Was sodann die Wirkungen der Pupillarsubstitution betrifft, so ist vor allem festzuhalten, daß der Pupillarsubstitut als solcher zum Erben des Pupillen ernannt ist. Des Kindes Erbschaft wird ihm deferirt, wenn der Substitutionsfall eintritt, d. h. wenn jenes vor Erreichung der Testamentsmündigkeit oder vor dem bestimmten Alter innerhalb der Mündigkeit stirbt [89]). Ist der Pupillarsubstitut ein necessarius heres

---

86) L. 47. eod. Vgl. darüber Löhr, im Archiv für civ. Prax. IX, S. 115 flg. Vangerow, Pand. §. 453, Anm. 2. Ein eigenthümlicher Fall dieser Art ist der, wenn zwei unmündige Kinder einander wechselseitig pupillariter substituirt sind und demjenigen von beiden, welches zuletzt intra pubertatem sterben werde, ein Dritter. Wenn hier die beiden Kinder gleichzeitig sterben oder wegen Ungewißheit der Priorität des Todes als Commorienten zu betrachten sind, so beerbt der Dritte beide direct als Pupillarsubstitut, quasi utrique ultimi decessisse videantur. L. 9. pr. D. de reb. dub. (34. 5.) Vgl. Mühlenbruch Bd. 40, S. 462 flg. Arndts, Pand. §. 27, Anm. 2.

87) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. (5. 2.) cf. cap. 1. de testam. in 6to. 3. 11.

88) Dies ist freilich bestritten: Zimmern in seinen u. Neustetel's römischrechtlichen Unters. S. 83 flg. Francke, Recht der Notherben §. 36; aber vgl. dagegen Mühlenbruch Bd. 40, S. 391 flg. Vangerow, Pand. §. 453, Anm. 3.

89) §. 4. I. h. t. L. 10. §. 5. D. h. t.

des Vaters, d. i. eine Person, welche zum Erben des Vaters eingesetzt, die anfallende Erbschaft von selbst erwerben würde, so ist er eintretenden Falles auch von selbst Erbe des Kindes [90]); aber es versteht sich auch von selbst, daß der suus des Vaters als Pupillarsubstitut ebenfalls das Recht hat, sich der ihm angefallenen Erbschaft zu enthalten, wie er sich der väterlichen Erbschaft enthalten könnte. Ist aber das Kind Erbe des Vaters geworden, so erhält der Substitut in dessen Erbschaft zugleich auch und nothwendig die Erbschaft des Vaters, nicht als besondere Erbschaft, sondern als Bestandtheil der Erbschaft des Kindes, so zwar, daß selbst durch ausdrückliche Bestimmung des Vaters derselbe nicht auf das eine oder andere Vermögen allein beschränkt werden kann, ausgenommen, wenn jener als Soldat testirt, für welchen auch in Ansehung seines eigenen Nachlasses die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest nicht Anwendung findet [91]). Könnte jedoch der Substitut aus besonderem Grunde von dem Vermögen des Vaters als dessen unmittelbarer Erbe nichts oder nur einen gewissen Theil erwerben, so tritt diese Beschränkung auch bei der Pupillarerbschaft insoweit ein, als ihm durch dieselbe zugleich die väterliche Erbschaft zukommen würde [92]). Andererseits kann der Pupillarsubstitut eines arrogirten Kindes nur dasjenige Vermögen erhalten, was diesem von dem substituirenden Arrogator her oder sonst infolge der Arrogation, z. B. von Freunden oder Verwandten des Arrogirten, in Rücksicht des durch die Arrogation begründeten Verwandtschaftsverhältnisses, zugekommen ist, da alles übrige Vermögen desselben, wenn es in der Unmündigkeit stirbt, denjenigen gebührt, welchen ohne Dazwischenkunft der Arrogation dessen Nachlaß zugefallen sein würde [93]).

Hat sich das zum Erben eingesetzte Kind der väterlichen Erbschaft enthalten, so ist folgerichtig anzunehmen, daß auch den Pupillarsubstituten als Erben desselben die väterliche Erbschaft nichts angehe, daß er somit auch, blos des Pupillen Vermögen in Anspruch nehmend, für die Schulden des Vaters nicht einzustehen brauche. Diese Consequenz wird dann auch in einer Stelle gegen die abweichende Meinung einiger Juristen ausdrücklich und unzweifelhaft anerkannt, unter Hinzufügung des Grundes, daß es gegen das Interesse des Pupillen sei, wenn der Pupillarsubstitut aus Furcht vor Ueberschuldung des väterlichen Vermögens, die Erbschaft des Pupillen abzulehnen sich veranlaßt finden

---

90) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. h. t.
91) L. 10. §. 2. 3. eod.
92) L. 6. 11. eod.
93) L. 10. §. 6. eod. L. 22. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) cf. L. 40. D. h. t. Ueber die Frage, ob diese das fragliche Vermögen als Erbschaft in Anspruch nehmen können oder als Schuld vom Pupillarsubstituten zu fordern haben? vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 409 flg. Sintenis, Civilrecht III, §. 175, Anm. 7.

sollte[94]); sie ist auch als richtige Folgerung festzuhalten, ungeachtet eine andere Stelle derselben zu widersprechen scheint[95]).

Ist der Pupillarsubstitut zugleich zum Erben des Vaters eingesetzt, so kann er in jener Eigenschaft immer noch Erbe des Kindes werden, wenngleich er die Erbschaft des Vaters als Institutus abgelehnt hat, vorausgesetzt nur, daß dadurch nicht das Testament des Vaters, und somit auch die Pupillarsubstitution, ganz unwirksam geworden ist[96]). Nur der zugleich zum Miterben des Kindes eingesetzte Pupillarsubstitut wird durch Ablehnung der väterlichen Erbschaft schlechthin auch von der Erbschaft des Kindes ausgeschlossen, damit er nicht durch diese mittelbar wieder zu der bereits verschmähten väterlichen Erbschaft gelange[97]). Andererseits hat die Antretung der väterlichen Erbschaft von Seiten eines zugleich dem Kinde substituirten Institutus stets die Folge, daß dieser alsdann auch die ihm deferirte Erbschaft des Pupillen nicht mehr ablehnen kann[98]); ja, dieselbe fällt sogar, wenn er selbst den Anfall der Pupillarerbschaft nicht mehr erlebt, von selbst auch seinen Erben zu, gleichsam als ein Bestandtheil der väterlichen Erbschaft, kraft Anwachsungsrechtes, wofern nicht andere mit ihm zu Erben des Kindes eingesetzte Personen, diesen Erbanfall erlebend, durch ihren Erwerb der Pupillarerbschaft das Anwachsen verhindern[99]).

Der Pupillarsubstitut kann übrigens auch mit Vermächtnissen beschwert werden: inwiefern? das ist schon im Artikel Legat bestimmt und daselbst auch die Frage, wie dabei die quarta Falcidia zu berechnen sei, beantwortet worden[100]).

---

94) L. 42. pr. D. de acquir. hered. (29. 2.) (Ulpian.)

95) L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) (Iavolen.) Ueber die verschiedenen Erklärungs-, beziehungsweise Emendationsversuche vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 419 flg. Huschke, in der Zeitschr für Civilr. u. Proc. N. F. S. 100. Vangerow, Pand. §. 454, Anm. 2. Sintenis a. a. O. Anm. 20.

96) L. 10. §. 4. L. 12. D. h. t. L. 40. 41. D. de acquir. hered. (29. 2.) cf. L. 27. §. 2. D. ad Sc. Trebell. (36. 1.)

97) L. 10. §. 3. D. h. t.

98) L. 20. C. de iure delib. (VI. 30.)

99) L. 59. D. de acquir. hered. (29. 2.) cf. L. 10. pr. D. h. t. Gegen die Meinung, daß die Accrescenz nur dann eintrete, wenn der Pupill Miterbe des Substituten war (Warnkönig, in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVIII, 10), vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 432 flg. Vangerow §. 454, Anm. 1. Sintenis, Civilr. §. 175, Anm. 28.

100) Vgl. dieses Werk Bd. VI, S. 284, 317 flg. (wo S. 318 statt „überlassen" zu lesen ist „überlasten" und S. 319 „beides" statt „bereits"); dazu jetzt noch Sigmund, über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält (München 1846) S. 22 flg. Huschke, über die Prästation der Legate in Doppeltestamenten, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. VI, 11. VII, 2, 6. Herrmann das. VIII, S. 394 flg. Vangerow, v. d. Berechnung der Falcid. Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten, im Archiv für civ. Praxis XXXVI, 10, 12. XXXVII, 13.

Es bleibt noch übrig, die Gründe anzugeben, aus welchen die anfangs giltige Pupillarsubstitution ihre Kraft verlieren kann. In dieser Beziehung ist vorerst im allgemeinen zu bemerken, daß alle diejenigen Gründe, aus welchen überhaupt eine Erbeinsetzung ihre Kraft verlieren mag, auch in Ansehung der durch den Vater für das Kind vorgenommenen Erbeinsetzung stattfinden können. Außerdem erlischt die Pupillarsubstitution:

1) wenn das Kind vor dem Vater, der ihr Urheber ist, stirbt oder sonst aus anderem Grunde noch bei dessen Lebenszeit aus der väterlichen Gewalt desselben austritt[101]);

2) wenn dasselbe durch den Tod des Testators nicht sui iuris, sondern der Gewalt eines Anderen unterworfen wird[102]). Tritt dieser Fall erst später ein, nämlich dadurch, daß ein Dritter das unmündige Kind arrogirt, so erlischt zwar streng genommen die Pupillarsubstitution ebenfalls und es kann nun der Arrogator dem Kinde einen anderen Erben ernennen; allein dennoch bleibt jene in der That wirksam, in Ansehung nämlich alles desjenigen Vermögens, welches dem Kinde nicht infolge der Arrogation erworben ist, indem dieses nun ex rescripto Divi Pii dem Pupillarsubstituten, als demjenigen, welcher in Ermangelung der Arrogation zur Erbschaft des Kindes berufen sein würde, herauszugeben ist[103]);

3) wenn das Kind die Mündigkeit oder, falls die Pupillarsubstitution auf kürzere Zeit beschränkt ist, die bezeichnete jüngere Altersstufe erreicht. Auch wenn die Pupillarsubstitution ausdrücklich über das Alter der Mündigkeit hinaus erstreckt ist, erlischt sie doch von selbst durch die Mündigkeit des Kindes; nur die im Soldatentestament angeordnete bleibt in Ansehung des eigenen auf das Kind vererbten Vermögens des Testators noch ferner wirksam[104]);

4) wenn das Testament des Vaters aus irgend einem Grunde völlig nichtig wird, es wäre denn ein Soldatentestament, als in welchem auch anfangs ohne giltige Erbernennung für die Erbschaft des Testators selbst gleichwohl eine giltige Pupillarsubstitution angeordnet werden kann[105]). Ohne Einfluß auf den Bestand der Pupillarsubstitution ist die Agnition bonorum possessio contra tabulas, soweit eine solche noch vorkommen kann[106]), desgleichen eine blos theilweise Rescission des

---

101) L. 41. §. 2. D. h. t. Ueber die eigenthümlichen Verwickelungen, welche sich ergeben konnten, wenn Vater oder Kind in feindliche Gefangenschaft geriethen, vgl. L. 28. 29. D. h. t. L. 10. 11. 22. pr. D. de captiv. (49. 15.) L. 1. C. de postliminio (VIII. 50.) Mühlenbruch a. a. O. S. 447 flg.

102) L. 2. pr. D. h. t. Vgl. Anm. 66.

103) L. 17. §. 1. L. 18—20. D. de adopt. (1. 7.) Vgl. Anm. 93.

104) §. 8. I. h. t. L. 14. 21. 38. §. 1. L. 43. §. 1. D. h. t. Vgl. Anm. 63—65.

105) L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. D. h. t. L. 41. §. 5. D. de testam. mil. (29. 1.) Vgl. Anm. 68—70.

106) L. 34. §. 2. L. 35. D. h. t. cf. L. 22. eod.

väterlichen Testamentes wegen Pflichtwidrigkeit desselben[107]), sowie die Ungiltigkeit der Erbeinsetzungen wegen Verletzung der Vorschriften der Nov. 115[108]). Auch bleibt dieselbe in Kraft, wenngleich der als einziger Erbe des Vaters eingesetzte suus der väterlichen Erbschaft sich enthält oder der eingesetzte Erbe gegen den Erwerb derselben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt[109]), und so wird, wie der übrige Inhalt des Testamentes, aufrecht erhalten, wenn der eingesetzte Erbe nur zum Zwecke der Vereitelung der Vermächtnisse die Erbschaft abgelehnt hat, um doch auf anderem Wege dieselben zu gewinnen[110]).

Endlich wird der Pupillarsubstitut durch Exception der Pupillarerbschaft verlustig, wenn er nach dem Tode des Kindes die Mutter der Unterschiebung desselben angeklagt hat[111]), und wenn er es versäumt hat, den Pupillen einen Vormund zu erbitten[112]).

III. Quasipupillarsubstitution. Wenn ein Kind zwar schon mündig, aber wegen eines natürlichen Fehlers, z. B. wegen Stummheit oder auch wegen Geisteskrankheit, unfähig war, ein Testament zu errichten, so konnte nach älterem Rechte nur durch besondere Gestattung des Regenten dem Vater die Befugniß gegeben werden, für jenes ein Testament nach Analogie der Pupillarsubstitution zu errichten, und dies ist dann auch im Justinianeischen Rechte noch als zulässig aufgenommen, mit der Wirkung, daß dadurch die Erbfolge in das Vermögen des Kindes bestimmt wird, falls dasselbe stirbt, ohne jene Fähigkeit erlangt zu haben und ohne daß ihm ein Notherbe geboren worden ist[113]). Einem wegen Geisteskrankheit zur Testamentserrichtung unfähigen Descendenten aber kann nach einer Justinianeischen Constitution[114]) auch ohne besondere Concession nicht nur der Vater, sondern überhaupt jeder Ascendent, zu dessen Pflichttheilsberechtigten jener gehört, substituiren. Obwohl Justinian selbst auch diese Substitution als ad exemplum pupillaris substitutionis eingeführt bezeichnet[115]) und dieselbe daher auch den technischen Namen „Quasipupillarsubstitution" erhalten hat, so ist doch in neuerer Zeit sehr streitig geworden, ob dieselbe nach

---

107) L. 8. §. 5. D. de inoff. testam. (5. 2.)

108) Vgl. Anm. 88, 89 und dieses Werk Bd. VIII, S. 152.

109) L. 12. D. h. t. L. 42. pr. D. de acquir. hered. (29. 2.) Mühlenbruch Bd. 42, S. 362. Bd. 43, S. 141. Auf der anderen Seite dagegen macht die Restitution gegen die Ablehnung der testamentarischen Erbschaft die durch diese vereitelte Pupillarsubstitution wieder wirksam. L. 2. §. 3. D. h. t.

110) L. 2. §. 1. in f. D. h. t.

111) L. 16. pr. D. de his quae ut indign. (34. 9.)

112) L. 10. C. de legit. hered. (VI. 58.)

13) L. 43. pr. D. h. t. Mühlenbruch Bd. 40, S. 478 flg. In dieser Stelle ist speciell vom mutus und vom furiosus die Rede; dem letzten stellen auch hier Manche den erklärten Verschwender gleich, der freilich ebenfalls, obwohl nicht wegen eines natürlichen Fehlers, testirunfähig ist. Sintenis, Civilr. §. 176.

114) L. 9. C. h. t. cf. L. 7. §. 1. 8. C. de curat. fur. (V. 70.)

115) §. 1. I. h. t. (II. 16.)

ihres Urhebers wahrer Willensmeinung wirklich als ein Analogon der Pupillarsubstitution betrachtet werden könne. Manche behaupten nämlich, die fragliche Constitution gebe den Ascendenten gar nicht das Recht, dem geisteskranken Descendenten einen Erben zu ernennen, wie der Vater dem Pupillen, sondern nur die Befugniß, demselben in Ansehung des ihm von ihnen hinterlassenen Vermögens (Erbschaft oder Vermächtniß), auch wenn dieses nicht mehr als der Pflichttheil betrage, fideicommissarisch zu substituiren[116]). Allein nicht nur war von jeher die erste Auslegung die allgemein anerkannte und herrschende, so zwar, daß selbst ein Vertheidiger der neuen Auslegung die Quasipupillarsubstitution in jenem Sinne als ein durch Gewohnheitsrecht begründetes Rechtsinstitut anerkennt[117]), wenngleich ein einzelner Schriftsteller bezeugt, daß es in seiner Heimath in diesem Sinne nicht praktisch sei[118]), sondern es ist auch diese gemeine Meinung von Mehreren als die theoretisch richtige gegen die neuere Auslegung mit Erfolg vertheidigt worden[119]) und bemerkt deshalb auch ein anderer Vertheidiger der letzten, es sei kaum zu billigen, wenn ein einzelner Richter seine individuelle Meinung einer so entschiedenen communis opinio entgegenstellen wollte[120]).

Von der eigentlichen Pupillarsubstitution unterscheidet sich jedoch diese Quasipupillarsubstitution nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes dadurch, daß der Ascendent dem geisteskranken Descendenten wenigstens den Pflichttheil hinterlassen muß, daß er bei der Substitution zunächst die nicht geisteskranken Nachkommen jenes Descendenten oder wenigstens einen von ihnen, und, wenn solche nicht vorhanden sind, seine eigenen anderen nicht ebenfalls geisteskranken Descendenten, namentlich die Geschwister des wahnsinnigen, oder wenigstens einen von diesen bedenken muß[121]). Außerdem ist noch Manches unklar und streitig: namentlich, ob der Ascendent auch für sich selbst Erben ernennen müsse? und vorzüglich, was Rechtens sei, wenn mehrere Ascendenten mit ein-

---

116) Diese Ansicht wird namentlich vertheidigt von Unterholzner, im Archiv für civ. Prax. II, 5. Löhr das. V, 3. IX, 7. Puchta, Pand. §. 479. Fuhr in seinen und Hoffmann's civ. Vers. I, S. 84 flg. Vangerow, Pand. §. 456 u. a.

117) Puchta a. a. O. und in dessen Gewohnheitsrecht II, S. 68 flg.

118) Voet ad pand. tit. 28. cap. 6. n. 33. a. E.

119) So namentlich von Thibaut, im Arch. f. civ. Prax. V, S. 337 flg. X, S. 217 flg. Francke, Notherbenrecht S. 463 flg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41, S. 8 flg. Roßhirt, testament. Erbr. I, S. 369 flg. Mayer, Erbr. I, §. 41. Düffer, diss. inaug. ad const. 9. C. de impub. et al. subst. Halis Sax. 1848. Sintenis, Civilr. §. 176 u. a.

120) Vangerow §. 456 a. E.

121) Die L. 9. cit. gestattet zu Anfang den Ascendenten nur dann quos voluerint substituere, wenn nicht alia proles descendentium eis sit, was auch ein Oheim des wahnsinnigen Descendenten sein könnte, gebietet aber am Ende: sin ... liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, qua mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum vel unum vel certos vel omnes fieri substitutionem.

ander concurriren [122]). Die Quasipupillarsubstitution erlischt, wenn der wahnsinnige Descendent willensfähig wird, indem er dann selbst ein Testament errichten kann [123]). Auch versteht sich wohl von selbst, daß ein vor Eintritt des Wahnsinns giltig errichtetes und durch diesen nicht aufgehobenes Testament auch durch eine nachfolgende Quasipupillarsubstitution nicht in seiner Wirksamkeit geschmälert werden kann [124]).

Arndts.

Summarische Processe. Der Eintheilung in ordentlichen und summarischen Proceß, der Gründe des summarischen Verfahrens sowie des unbestimmten summarischen Processes und der darüber geltenden Grundsätze ist bereits in einem anderen Artikel Erwähnung geschehen [1]). Auch sind einzelne summarische Proceßarten schon in früheren Artikeln behandelt worden [2]). Gegenstand dieses Artikels ist nur noch, einige Andeutungen über den Ursprung des summarischen Verfahrens zu geben und Nachträge zu einzelnen specielle summarische Proceßarten betreffenden Artikeln zu liefern, endlich noch über einige im Partikularrechte besonders ausgebildete summarische Proceßarten Bemerkungen zu geben.

I. Geschichtlicher Ursprung des summarischen Verfahrens. Man muß hier das römische, kanonische und teutsche Recht unterscheiden. A. Römisches Recht [3]). Noch als das regelmäßige Verfahren, ordo iudiciorum privatorum, in seiner ganzen Ausdehnung bestand, gab es schon eine Menge Fälle, in welchen die Parteisachen nicht erst an einen iudex verwiesen, sondern sofort durch den Magistrat selbst entschieden wurden; sie waren theils solche, deren Abmachung ohne förmliche Untersuchung sofort zulässig war (de plano), theils solche, welche eine causae cognitio, d. h. eine nähere Untersuchung der Sache und Gehör der Betheiligten voraussetzten. Von Sachen der letzteren Art finden sich in den Digesten folgende Beispiele vor: 1) die missio ventris in possessionem [4]); 2) die Entscheidung über die Anwendung des Carbonianischen Edicts [5]), in welchen beiden Fällen der Prätor

122) Vgl. darüber noch Haimberger, im Archiv f. civ. Prax. XII, 13 mit Mühlenbruch Bd. 40, S. 485 flg. Bd. 41, S. 1 flg. und Düffer l. c.

123) §. 1. in f. I. h. t. L. 9. C. cit.: ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset.

124) Sintenis §. 176 a. E.

1) Vgl. den Art. Proceß Bd. VIII, S. 582—586, 684—697.

2) Vgl. die Art. Arrest Bd. I, S. 450 flg. Executivproceß Bd. V, S. 119 flg. Mandatsproceß Bd. VII, S. 73 flg. Possessorium Bd. VIII, S. 218 flg. Provocation u. Provocationsproceß Bd. VIII, S. 531 flg. Rechnungsproceß Bd. IX, S. 135.

3) Heffter, Civilproceßrecht S. 377—401, 413, 482 flg. 2. Auflage. Bethmann-Hollweg, Hdbch. des Civilproc. Bd. I, S. 380 flg.

4) L. 7. §. 1. D. 37. 9.

5) L. 1. pr. D. 37. 10.

summatim cognoscere sollte[6]); 3) andere missiones rei servandae causa[7]); 4) Anträge auf Bestellung von Satisdationen und alle Fälle, wo prätorische Stipulationen gefordert werden konnten[8]), insbesondre die Verhandlungen über eine operis novi nunciatio, nämlich über die dabei sich nöthig machende Sicherheitsleistung oder remissio[9]), und die Verhandlungen über cautio damni infecti[10]); 5) Verhandlungen über eine inspectio ventris[11]); 6) Streitigkeiten in Vormundschafts- oder Pupillarsachen, besonders bei Excusationen der Vormünder, wobei ein eigenes Verfahren stattfand[12]); ingleichen dann, wenn ein Tutor seine Pflichten nicht gehörig erfüllte, wo eine Art Mandatsverfahren mit eventueller Anwendung von Zwang durch den Prätor stattfand[13]); 7) alle in integrum restitutiones, wenigstens rücksichtlich der Frage, ob Jemand zu restituiren sei, während im übrigen die Bestimmung der Folgen einer ertheilten Restitution dann nicht selten, namentlich bei Volljährigen einem iudex übertragen wurde, wogegen bei der Restitution Minderjähriger der Prätor selbst die Folgen näher bestimmte[14]); 8) wenn Jemand, der die Pflicht dazu hatte, sich weigerte, ein Leichenbegängniß zu veranstalten, wo der Prätor extra ordinem Zwangsmittel eintreten ließ[15]). Unter den Kaisern wurde die unmittelbare Erledigung von Sachen, welche sonst an einen iudex zu verweisen waren, durch den Magistrat auf dem kürzeren Wege einer bloßen cognitio, obwohl als Ausnahme — extra ordinem — immer gewöhnlicher. Für manche Rechtssachen wurde ausdrücklich ein solches Verfahren bestimmt. Daher die extraordinariae cognitiones. Die Zahl dieser außerordentlichen Cognitionsfälle war schon zu der Zeit des Callistratus sehr gewachsen, und dieser sowohl als Paulus und Ulpian behandelten sie in eigenen Schriften. Ein allgemeines Princip darüber, was zu den extraordinariae cognitiones gehörte, ist nicht auszumitteln; es wurden aber auch solche Sachen dahin gezogen, für welche es im Edicte eine bestimmte Formel gab[16]). Unter Diocletian und Maximian wurde der ordo iudiciorum als Regel aufgehoben, vielmehr die extraordinaria iudicia zur Regel erhoben und es verschmolzen ius und iudicium mit einander. Es änderte sich dadurch das Verfahren, welches nun kürzer wurde[17]). Im

6) L. 1. §. 14. D. 37. 9. L. 3. §. 4. D. 37. 10.
7) L. 1. 8. 9. 12. 14. D. 42. 4.
8) L. 31. D. 42. 5. L. 4. pr. D. 35. 3. L. 2. §. 9. D. 46. 5.
9) Dig. 39. 1.
10) Dig. 39. 2. besonders L. 7. pr.
11) Dig. 25. 4.
12) Fragm. Vat. §. 123. sq.
13) L. 1. pr. L. 7. §. 7. 8. D. 26. 7.
14) Letzterer Fall gehört zur cognitio praetoria; das dabei stattfindende Verfahren wird beschrieben in L. 13. pr. D. 4. 4. L. 39. pr. D. 21. 2.
15) L. 14. §. 2. L. 18. D. 11. 7. L. 1. §. 1. 5. 7. D. 11. 8.
16) Ueber das in allen Cognitionsfällen beobachtete Verfahren und dessen Abweichungen von dem gewöhnlichen s. Heffter a. a. O. S. 382.
17) S. Heffter a. a. O. S. 384 flg.

Theodosischen Codex tritt eine neue Form der Proceßleitung hervor. Jedes ordentliche Verfahren sollte nämlich mit der denunciatio beginnen. Es waren aber gewisse Sachen von der Denunciation ausgenommen [18]) sowie auch in manchen Fällen ein schleunigeres Verfahren als in gewöhnlichen Sachen bestimmt [19]). Justinian vertilgte die Solennität der Denunciation, soweit dies nicht schon früher geschehen war. Das unter ihm stattfindende regelmäßige Verfahren auseinander zu setzen, ist hier nicht der Ort [20]). Es werden aber in den Justinianeischen Rechtsbüchern noch gewisse Sachen erwähnt, in welchen, wie schon früher, entweder extra ordinem oder summatim cognoscirt werden oder ein schleunigeres Verfahren eintreten sollte. Der eigenen Cognition der Gerichtsvorstände blieben nämlich, wie früher, wahrscheinlich ohne Beobachtung der sonst gewöhnlichen feierlichen Proceßform, vorbehalten 1) alle in den Digesten vorkommenden Sachen der alten prätorischen Cognition, welche zum größten Theile schon vorher angeführt worden sind; 2) alle in den Digesten noch ausdrücklich als causae ordinariae cognitionis aufgeführten Sachen, namentlich a) jede petitio liberae personae [21]), b) schleunige Miethsachen, besonders Verhinderung Jemandes am Ausziehen [22]), c) Alimentensachen [23]), d) Klagen in Sachen aller der Personen, deren im Titel de extraordinariis cognitionibus Erwähnung geschieht, und in Sachen gegen diese Personen, sofern sie durch ihre Stellung sich gegen Jemand verantwortlich gemacht hatten, e) Klagen über proxenetica [24]), f) Sachen wegen des Wasserlaufes und andere in L. 2. D. 50. 13. erwähnte, g) die actio adversus iudicem, qui litem suam fecit [25]). Fälle, in welchen, weil es im ganzen nur präparatorische iudicia betrifft, ein kürzeres Beweisverfahren stattfindet, wenigstens keine strenge Beweisführung, sondern nur ein summatim cognoscere verlangt wird, bilden 1) die actiones ad exhibendum, wo es nur darauf ankommt, daß der Kläger sein Interesse bescheinige oder klar darlege und wo der Beklagte Einreden, welche die Hauptsache betreffen, nicht vorschützen darf [26]), 2) Interventionsklagen auf das Eigenthum gepfändeter Sachen in der

---

18) Frei von der Denunciation waren Schuldforderungen, welche sich auf ein klares chirographum gründeten, Fideicommißsachen, Interdictsachen, die querela inofficiosi testamenti, die actio tutelae und negotiorum gestorum und alle Sachen unter 100 solidi. L. 3. 6. Th. C. II. 4.

19) Schleuniges Verfahren war bestimmt: in Sachen der Kirchen (L. 7. Th. C. II. 4.) und bei dem interdictum quorum bonorum (L. 22. Th. C. XI. 36.) und wahrscheinlich auch noch in anderen Sachen, die noch unter Justinian einer schnelleren Verhandlung vorbehalten blieben.

20) Vgl. darüber Heffter a. a. O. S. 388—392.

21) L. 1. §. 2. D. 6. 1. L. 1. §. D. 25. 4.

22) L. 1. §. 2. D. 43. 32.

23) L. 5. D. 25. 3.

24) L. 3. D. 50. 14.

25) L. 6. D. 50. 13.

26) L. 3. §. 9. 13. D. 10. 4.

Executionsinstanz[27]). Sachen, in welchen kaiserliche Verordnungen aus der späteren Zeit ein schleuniges Verfahren ausdrücklich vorschrieben, sind namentlich 1) die Verhandlungen über eine erhobene operis novi nunciatio, wo der Richter über die Rechtmäßigkeit des Widerspruches binnen drei Monaten zu entscheiden hat[28]), 2) alle Bausachen, wo dem Bauenden irgend ein Recht abgestritten wird[29]), 3) alle Sachen de submersis navibus, welche nach der Constitution levato velo, d. h. ohne Verzug, und wenigstens in zwei Jahren entschieden werden sollen[30]), 4) nicht verwickelte Sachen über unbedeutende Gegenstände, welche ex non scripto entschieden werden können[31]), 5) die interdicta retinendae und recuperandae possessionis[32]). B. Kanonisches Recht[33]). Die Erscheinung, daß im Processe römische Ansichten in die teutsche Praxis durch Vermittelung der Praktiker des Mittelalters übergegangen sind, zeigt sich auch im summarischen Processe; das vom ordentlichen abweichende Verfahren wird schon von den Glossatoren als summarisch bezeichnet; bei den Schriftstellern des Mittelalters wird schon viel über die Bedeutung der summaria cognitio und deren Unterschied von der extraordinaria cognitio und von der Verhandlung de plano gestritten. Duranti[34]) setzt die Unterschiede vorzüglich darin, daß bei der summaria cognitio nur halber Beweis nöthig sei, es aber doch der Einreichung eines Libells bedürfe, bei der extraordinaria cognitio zwar voller Beweis verlangt werde, aber nicht die Einreichung eines Libells, bei der Verhandlung de plano zwar voller Beweis und Einreichung eines Libells erforderlich sei, daß aber die Verhandlung nicht vor der feierlichen Gerichtssitzung geschehen müsse; hinsichtlich der Fälle, welche summarisch verhandelt werden sollen, verweist Duranti auf die römischen Gesetzstellen, in welchen von summatim cognoscere die Rede ist. Auch von anderen Praktikern des Mittelalters werden die summarischen Verhandlungen aus den Stellen abgeleitet, wo der Prätor extra ordinem, ohne einen iudex zu bestellen, verhandelt und entscheidet, und schon früh wurde für das im summarischen Processe an den Richter gerichtete Gesuch statt des Namens Klage (actio) die Bezeichnung Imploration üblich[35]) und nicht einmal eine clausula salutaris für nothwendig er-

27) L. 15. §. 4. D. 42. 1.

28) L. un. C. de novi operis nunciatione, welche aber richtiger unter dem Titel de aedificiis privatis als const. 14. aufgeführt wird.

29) L. 12. §. 7. L. 13. C. VIII. 10.

30) L. 5. C. de naufragiis (XI. 6. (5.)) vgl. mit L. 3. pr. D. 2. 12.

31) Nov. 17. c. 3.

32) L. 8. 11. C. VIII. 5. L. 14. C. de agric. et censit. (XI. 48. (47.)) L. un. §. 1. D. 43. 31.

33) Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. VII, S. 374 flg. und gem. teutsch. bürgerl. Proc. Beitr. IV, S. 14 flg.

34) Duranti, Speculum iuris. Tit. de summaria cognitione (edit. Francof. 1692) p. 144.

35) Boehmer, ius eccl. protest. Lib. I. Tit. 32. §. 4.

achtet, weil die Natur des summarischen Processes jede Art der Imploration an den Richter für hinreichend erkläre[36]). Den Praktikern des Mittelalters schwebten die Statuten der italienischen Städte jener Zeit vor, in welchen die Ansicht von einem summarischen Processe schon allgemein war[37]), insbesondre die Ansicht herrschte, daß bei Klagen unter einer gewissen Summe nicht schriftlich (also ohne Klaglibell) verfahren werden und daß der Beklagte zur Antwort kürzere Fristen erhalten soll, und selbst in Ansehung des Beweisverfahrens der Unterschied zwischen ordentlichem und summarischem Verfahren von Einfluß war[38]). Die Kanonisten stimmten darin überein, daß die Fälle, in welchen der römische Prätor ohne iudex selbst erkannte, summarischen Proceß begründeten[39]). Noch mehr wurde der summarische Proceß durch die Delegationen der Päbste verbreitet. Die Päbste pflegten nämlich unter Berufung darauf, daß auch die vom römischen Prätor bestellten iudices nur iudices delegati gewesen wären[40]), für einzelne Fälle Commissarien zu ernennen[41]) und diesen Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange zu gestatten. So entstand die Vorschrift in Clem. 2. de iudiciis[42]), wo die darin gebrauchten Ausdrücke: sine strepitu iudicii, und de plano procedi auf das dem Pabste vorschwebende römische Recht hinweisen, und so sah sich der Pabst in die Nothwendigkeit versetzt, in Clem. 2. de V. S. den Sinn der Worte: simpliciter et de plano procedi, deutlicher zu erklären. Man betrachtete daher diese beiden Stellen als die Fundamentalstellen für die Lehren vom summarischen Processe. So bildete sich durch die Praxis eine große Anzahl von Sachen, in welchen summarisches Verfahren stattfinden sollte. Unter den Schriftstellern, welche die Praxis der geistlichen Gerichte aus den früheren Kanonisten systematisch entwickeln, ist vorzüglich Maranta hervorzuheben[43]). Er zählte zu den summarischen Sachen dreißig Fälle, nämlich außer den in der Clem. 2. de iudiciis genannten Streitigkeiten über den jüngsten Besitz, alle vor dem Handelsgerichte verhandelten Sachen, Alimentensachen, Streitigkeiten über Vollstreckung der Urtheile, Klagen ad exhibendum, Klagen gegen den, welcher Steuern und Abgaben schuldet und jede causa brevis

---

36) Boehmer l. c. §. 6.

37) Vgl. die Citate bei Mittermaier, gem. teutsch. bürgerl. Proceß Beitr. IV, §. 1, N. 5—7, S. 6.

38) Vgl. die Citate bei Mittermaier a. a. O. N. 48, 49, S. 14.

39) Boehmer, ius eccl. protest. Lib. II. Tit. 1. §. 12.

40) Man bezog sich deshalb auf L. 5. C. III. 1.

41) Tit. X. de officio et potestate iudicis delegati I. 29.

42) Hiernach soll in causis super electionibus, postulationibus vel provisionibus, aut super dignitatibus, personatibus, officiis, canonicatibus vel praebendis seu quibusdam beneficiis ecclesiasticis aut super decimis, nec non super matrimoniis vel usuris simpliciter et de plano ac sine strepitu iudicii et figura verhandelt werden.

43) Maranta, tract. de ordine iudiciorum, vulgo speculum aureum et lumen advocatorum. Colon. 1570. p. IV. dist. 9. p. 189.

seu modicae summae. Schon die Glossatoren stritten darüber, welche Sache eine causa modica und causa brevis sei. In der späteren Praxis scheint man darin einverstanden zu sein, eine Sache von einem Betrage unter 2 aurei eine modica und eine, in welcher die Kosten mehr als der Werth der Sache beträgt, ausmachen würden, eine brevis zu nennen. C. Teutsches Recht[44]). Dem älteren teutschen Rechte war die Eintheilung in ordentlichen und summarischen Proceß unbekannt. Doch findet sich der Unterschied zwischen wichtigeren und einfacheren Sachen bei den Germanen schon ebenfalls vor. Darauf weist hin die Verweisung der wichtigen Streitigkeiten über Eigenthum und Erbschaft an die regelmäßigen Volksgerichte[45]), der übrigen Fälle an die kleineren Gerichte des centenarius oder advocatus sowie die Einrichtung, daß die kleineren Fälle im Mittelalter an die Gemeinde-, Rüge- oder Ehehaftsgerichte kamen, bei denen das Verfahren einfacher war als vor den ordentlichen Land- oder Schrannengerichten. Daß aber im späteren Mittelalter den Teutschen ein kürzeres, von dem ordentlichen abweichendes Verfahren bekannt war, davon lassen folgende Erscheinungen keinen Zweifel. So konnte in den Städten des Mittelalters der Gerichtsfrohn über gewisse geringfügige Sachen in einem, wie es scheint, sehr summarischen Verfahren entscheiden[46]). In den Gastgerichten des Mittelalters trat über liquide Schulden, insbesondre bei Klagen der Fremden oder gegen Fremde, ein schnelleres Verfahren ein. Im Magdeburger Weichbilde wird die Befugniß des Burggrafen und Schultheißen, über bekenntliche Schulden zu richten, anerkannt[47]), und im Culmischen Rechte ist von Fällen die Rede, in welchen der Richter ohne Schöppen richten mag[48]). Bei den Reichsgerichten, deren Verfahren sich fast ganz nach dem Muster des in den geistlichen Gerichten üblichen gebildet hat, fand die Ansicht vom summarischen Processe in zweifacher Weise Eingang, erstlich insofern als die Gesetze selbst bestimmten, daß in gewissen Fällen summarie verfahren werden sollte[49]), und dann insofern als sich bei den Reichsgerichten eine doppelte Klagform, welche auch auf das ganze Verfahren von Einfluß war, bildete, nämlich die Form der articulirten Klagen und die der nicht articulirten, welche letztere auch summari Klag hieß[50]). In der Kammergerichts-

---

44) Mittermaier, im Archiv Bd. VII, S. 377 flg. und gem. teutscher bürgerl. Proceß Beitr. IV, S. 15 flg.

45) In manchen Volksrechten z. B. L. Aleman. XXXIII. §. 1. 2. L. Baiuvar. Tit. II. cap. 15. §. 1. kommen schon wöchentliche Gerichtstage zur Verhandlung der kleineren Sachen vor, und in den Capitularien (Capitul. de pact. Saxon. cap. 31.) ist selbst von causa maior und minor die Rede.

46) So zu Soest, Celle und Dortmund. Vgl. die Beweise dafür bei Mittermaier, im Archiv a. a. O. N. 53, S. 378.

47) Magdeb. Weichb. Art. 46.

48) Altes Culm. Recht II, 28. Revid. Culm. Recht B. II, Tit. 2, Cap. 4.

49) Z. B. Reichsabsch. zu Augsburg v. 1500 Tit. XXI.

50) Z. B. Reichsabsch. v. 1570 §. 90. Reichsabsch. v. 1594 §. 63.

ordnung selbst sind einige Fälle, in welchen summarisch zu verhandeln war, als causae ordinariae bezeichnet[51]), obwohl freilich zunächst der Unterschied von den causae ordinariae nur auf die verschiedenen Sitzungen, in welchen die Sachen verhandelt wurden, und auf die Termine Bezug hatte. Auf diese Weise kam der summarische Proceß in die Landesgerichte. Bei den Hofgerichten bildete der schriftliche Proceß als der ordentliche die Regel und allmälig richteten sich auch die Untergerichte nach dieser Form. Daneben aber machte sich das Bedürfniß der Gestattung oder Anordnung einer kürzeren Form bei den Untergerichten für eine große Zahl von Fällen geltend und deshalb ließ man die Verhörstage fortdauern oder schrieb statt des schriftlichen Processes mündliche Verhandlung vor. In den Formelbüchern aus dem Anfange des 16. Jahrhunderts[52]) und in den Gerichtsordnungen aus dieser Zeit ist der summarische Proceß schon bestimmt anerkannt[53]). Im gemeinen Rechte gab es ebensowenig darüber, welche Sache summarisch sei, als über die Form des Verfahrens Bestimmungen; daher mußte der Gerichtsgebrauch, welchem die schon im Mittelalter bei den Kanonisten vorkommenden Sätze fast immer zum Anhalt dienten, hier die Gesetze ersetzen; es war aber fast jeder Punkt streitig, namentlich herrschte die größte Verschiedenheit der Ansichten darüber, welche Sache geringfügig sei. Der Umstand, daß man eine Menge besonderer Proceßarten antraf, welche ein vom ordentlichen Rechtsgange abweichendes Verfahren enthielten, wie Mandats-, Executiv-, Concursproceß u. s. w. bewirkte, daß man alle diese Arten unter dem gemeinschaftlichen Namen summarisch zusammenfaßte; man ging aber zum Theil zu weit, indem man sogar den Criminalproceß zu den summarischen Proceßarten zählte und als solchen vortrug. In der Landesgesetzgebung machte sich bald das Bedürfniß eines vollständigen Gesetzes über die Behandlung summarischer Sachen geltend. Eins der frühesten Gesetze dieser Art ist die Proceßordnung Herzog Ernst des Frommen von S. Gotha vom 28. März 1670, deren zweiter Theil vom summarischen Proceß und zwar Cap. 1 vom summarischen Processe insgemein, Cap. 2 vom Executivprocesse, Cap. 3 vom processu summariissimo (Verfahren in Streitigkeiten über jüngsten Besitz), Cap. 4 vom Inhibitivprocesse, Cap. 5 vom Processe des Consistoriums handelt. Im Cap. 1, §. 1 werden die im unbestimmten summarischen Processe zu verhandelnden Sachen aufgezählt, darunter auch Sachen, „so von keiner sonderlichen Wichtigkeit“, wobei aber der Fehler begangen ist, daß eine Summe für solche minderwichtige Sachen nicht bestimmt ist. Dann folgte die Eisenacher Proceßordnung v. 6. Februar 1702, welche von Titel 22—27 Bestimmungen über die summarischen Processe enthält, aber gleichfalls keine Summe

---

51) K. G. O. v. 1555 Th. III, Tit. 3.
52) Ulr. Tengler, Laienspiegel Fol. CXII. 6.
53) Vgl. die Citate bei Mittermaier a. a. O. S. 380, N. 44—46.

für minderwichtige Sachen bestimmte. Ebensowenig enthält der Anhang der kursächsischen erläuterten Proceßordnung von 1724, welcher von summarischen Proceßarten handelt, eine solche Bestimmung. Unter den sächsischen Proceßgesetzen ist die Altenburger Proceßordnung von 1744 das erste, welches eine Summe für geringfügige Sachen vorschrieb, und bald darauf folgten in den Ländern des sächsischen Processes mehrere Gesetze über die Behandlung geringfügiger Rechtssachen, unter denen das kursächsische Mandat vom 28. November 1753 eine hervorragende Stellung einnahm. Bis auf die neueste Zeit herab entweder sind nun in den neueren teutschen Proceßordnungen umfassende Vorschriften über alle summarischen Proceßarten erlassen oder einzelne Gesetze für einzelne summarische Proceßarten gegeben worden [54]).

II. In Ansehung des Executivprocesses ist der verschiedenen Ansichten über dessen Ursprung zu gedenken. Es stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber, welche wir kurz darstellen wollen. Nach der einen von Briegleb [55]) vertheidigten Ansicht ist Italien das Vaterland des Executivprocesses. Der durch die ganze Geschichte dieser Proceßart hindurchgehende Grundgedanke ist nach ihm folgender: Rechtsgeschäfte, welche durch gewisse privilegirte Urkunden befestigt sind, genießen vor anderen den Vorzug, daß die aus denselben herzuleitenden Ansprüche, ohne vorher im förmlichen Processe ausgemacht worden zu sein, auf bloßes Vorzeigen der Urkunde und nach dem Maaße ihres Inhaltes durch sofortige Execution realisirt werden sollen, gerade so, als ob es sich von Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses handelte. Dergleichen executorische Urkunden (instrumenta exequibilia, instrumenta paratam executionem habentia) nannte man von Alters her quarentigiirte Urkunden (instrumenta quarentigiae s. quarentigiata). Jener Grundgedanke wird daher gewöhnlich kurz so ausgedrückt: instrumenta quarentigiata paratam executionem habent, prout sententiae, quae in rem iudicatam transierunt. Das Institut der executorischen Urkunden kam am frühesten in Italien vor und zwar hier zuerst in den toscanischen Stadtrechten, wo sich dasselbe schon in einiger Ausbildung um die Mitte des 13. Jahrhunderts vorfindet. Der Ausdruck quarentigia oder quarentigium, wovon jene Urkunden benannt sind, bezeichnet eine Sicherheit, Deckung; instrumentum quarentigiatum oder quarentigiae bedeutet zunächst ein wohl verwahrtes, wohl befestigtes Instrument, eine Urkunde, welche vorzügliche Sicherheit gewährt. Diese Sicherheit besteht für executorische Urkunden eben in ihrer executorischen Eigenschaft. Die executorische Eigenschaft wurde ihnen dadurch verschafft, daß die Contrahenten ihre Promission in die Form eines gerichtlichen oder quasi-

54) Auszüge aus vielen derartigen Gesetzen der Länder des sächs. Processes enthält Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes Bd. 2.

55) Briegleb, über executorische Urkunden und Executivproceß 2. Aufl. (Stuttgardt 1845) Th. 1. Geschichte des Executivprocesses Th. 2. Chrestomathie von Belegstellen zur Geschichte des Executivprocesses.

gerichtlichen Geständnisses (confessio in iure) einkleideten, welches sie in frühester Zeit vor dem ordentlichen Richter, später vor dem die Vertragsurkunde ausfertigenden Notar (iudex chartularius) ablegten und von diesem den richterlichen Befehl, das Versprechen binnen einer gewissen Frist zu leisten (praeceptum s. mandatum de solvendo executivum, als Anfang einer jeden Execution, hier vorzugsweise praeceptum quarentigiae genannt) entgegennahmen. Die confessio coram notario erlangte allmälig gleiche Wirksamkeit mit der confessio coram iudice, wurde immer gewöhnlicher und bildete zuletzt die allgemeine Regel. Wo es üblich war, das praeceptum s. mandatum de solvendo nur vom ordentlichen Richter ergehen zu lassen, da pflegte man doch regelmäßig die vertragsmäßige Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen richterlichen Mandates schon coram notario, d. h. bei Errichtung der Urkunde über das Hauptgeschäft einzugehen und durch die Bestimmung einer Conventionalstrafe zu befestigen. Dieser Vertrag war die clausula executiva und Urkunden mit dieser Clausel hießen zur Zeit des Baldus instrumenta confessionata. Schon in der frühesten Zeit suchte man das ganze Institut der quarentigiirten Urkunden als einen Ausfluß des römischen Rechtes darzustellen, indem man zur Begründung und Rechtfertigung desselben die Grundsätze des römischen Rechtes über die confessio in iure benutzte, an deren Spitze der folgenreiche Satz steht: confessus in iure pro iudicato habetur. Die Theorie der Glossatoren über die Folgen des gerichtlichen Geständnisses geht von folgendem Grundsatze aus: Jedes (an sich rechtsverbindliche) gerichtliche Geständniß, welches vor der Litiscontestation abgelegt worden ist, hat die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses; dasselbe kann daher nicht nur durch eine actio in factum (gleich der actio iudicati), sondern auch durch einfaches Anrufen des officium iudicis um sofortige Einleitung des Executionsverfahrens mittelst Erlassung eines auf dieselbe Zahlungsfrist, welche dem Verurtheilten zusteht, gerichteten praeceptum s. mandatum de solvendo realisirt werden (parata executio). Da im außerordentlichen, summarischen Verfahren, welches ohne Einreichung eines Klaglibells eingeleitet wurde, eine Litiscontestation überhaupt nicht erforderlich war, so erschien dieses als das passendste Mittel, um ein zur schleunigen Execution geeignetes Geständniß zu erlangen. Die Form dieses außerordentlichen Verfahrens war interrogatorisch, Nachahmung der alten interrogationes in iure. Sehr bald und noch zur Zeit der Glossatoren bediente man sich dieses Institutes auch dazu, um jene Wirksamkeit der confessio in iure auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu übertragen; die Contrahenten mit der Miene streitender Parteien gingen vor den Richter; der eine Theil in der Rolle des Klägers, aber sine obligatione libelli, iure extraordinario, bittet den Richter: domine, quaere a debitore meo, an debeat mihi decem: der Schuldner wird befragt, er gesteht die Schuld zu und erhält nun als confessus in iure den Zahlungsbefehl, welcher paratam executionem mit sich führt, gleich wie der debitor ex re iudicata.

Der erste Schritt zur Fortbildung des Institutes der executorischen Urkunden war schon zur Zeit der Glosse dadurch geschehen, daß man sich vertragsmäßig zur Uebernahme des vom Richter zu erholenden praeceptum de solvendo verpflichtete und sich die Erfüllung dieser Verpflichtung, welche an sich wohl nicht für klagbar gehalten werden konnte, durch Bestimmung einer Conventionalstrafe sicherte. Der zweite Schritt zur Fortbildung des Institutes bestand darin, daß man die Simulation eines interrogatorischen Processes vor dem ordentlichen Richter aufgab und sich damit begnügte, die confessio vor dem Notar, welcher die Urkunde ausfertigt, abzulegen und von diesem das praeceptum de solvendo entgegen zu nehmen. Dies ist das praeceptum quarentigiae im engeren und eigentlichen Sinne und ebenso ist unter instrumentum quarentigiae s. quarentigiatum ursprünglich nur die mit diesem praeceptum versehene Urkunde verstanden worden. Noch aber wagte man nicht, das Institut als ein selbstständiges, von den Grundlagen des römischen Rechtes unabhängiges zu behandeln, wie sich schon daraus ergiebt, daß man auch jetzt noch die ursprünglich auf die Simulation eines wirklichen Rechtsstreites berechnete confessio und das auf dieselbe ergehende praeceptum de solvendo nach wie vor für nothwendig hielt, noch mehr aber daraus, daß man die Uebertragung der richterlichen Function auf das Notariat nicht unmittelbar, sondern wieder nur auf Umwegen und durch eine Fiction herbeizuführen wagte. Dies geschah dadurch, daß man den Notarien das Richteramt, eigentlich aber nicht viel mehr als den Titel eines iudex ordinarius beilegte, entweder den einzelnen Notarien durch persönliche Verleihung im Ernennungsdecrete oder durch allgemeine statutarische Maßregeln, welche schlechthin bestimmten, daß jeder rechtmäßig ernannte Notar dadurch schon als iudex ordinarius anzusehen sei, freilich nur für die hier in Frage stehende und ähnliche Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, was auch durch den Ausdruck iudex chartularius bezeichnet wurde. Diese Erfindung ist eine eigenthümliche Toskana's und der Lombardei, wo überhaupt das Institut der executorischen Urkunden am frühesten vorkommt. Bald bemächtigte sich auch die Gesetzgebung des Institutes, daher das Institut der quarentigiirten Urkunden bald einen stehenden Artikel der italienischen Stadtrechte bildete, was nach bestimmten Zeugnissen schon seit dem 13. Jahrhunderte der Fall war. Schon in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts war das Recht der paraten Execution in vielen und im Laufe des 15. Jahrhunderts in den meisten Statuten auf alle öffentlichen Urkunden, auch wenn sie die Quarentigia nicht enthielten, ausgedehnt worden. Hiermit hatte man den letzten Schein des Festhaltens an den bisherigen Grundlagen aus der römischen Theorie der confessio in iure aufgegeben, was auch von den Juristen, welche den bisherigen Abwegen mit ihrer Doctrin willig gefolgt waren, anerkannt wurde. Man unterschied daher zwischen nichtquarentigiirten öffentlichen Urkunden, deren executorische Wirksamkeit nur als ein Ausfluß der statutarischen, vom gemeinen Rechte ab-

weichenden Gesetzgebung anerkannt wurde, und zwischen wirklich quarentigiirten Urkunden, indem man bei letzteren die Mittel, durch welche man die executorische Wirksamkeit derselben erzielte, als gut römisch, und nur den Einfall, sich dieser Mittel zu solchem Zwecke zu bedienen, als partikularrechtlich gelten ließ. In der That lag aber diese abermalige Erweiterung des Rechtes der paraten Execution nahe genug. Denn die Quarentigia selbst war seit Ausschließung des ordentlichen Richters längst zu einer bloßen Vertragsclausel (clausula executiva), zu einer jener allgemeinen Clauseln herabgesunken, welche in keinem irgend feierlichen Instrumente fehlen durfte, so daß selbst die Frage entstehen könnte, ob nicht der Gläubiger, welcher seinen Schuldner zur Ausstellung einer Schuldurkunde zu zwingen befugt ist, zugleich berechtigt sei, die Einverleibung der clausula quarentigiae auch ohne Zustimmung des Schuldners zu verlangen. Der so allgemeine Gebrauch der clausula quarentigiae, welche man in allen Notariatsurkunden zu finden gewohnt war, der Umstand, daß fast jede öffentliche Urkunde zugleich executorisch war, ließen es kaum als wesentliche Neuerung erscheinen, wenn man öffentliche Urkunden im Wege der Gesetzgebung überhaupt für executorisch erklärte, und dies unterlag um so wenigerem Bedenken als die Notarien doch von der clausula quarentigiae selbst da, wo sie gesetzlich überflüssig war, fleißig Gebrauch zu machen fortfuhren, was die noch im 15. und 16. Jahrhundert üblichen Formelbücher und viele andere Zeugnisse ergeben. Vom 15. Jahrhundert an war man im Gebrauch der Ausdrücke nicht sehr genau. Immer waren, auch noch da, als die statutarische Uebertragung des Rechtes der paraten Execution auf alle öffentlichen Urkunden bereis weit verbreitet war, nichtsdestoweniger auch die älteren instrumenta quarentigiae sowie die noch älteren instrumenta confessionata im engeren Sinne nebenbei im Gebrauch geblieben; alle diese Urkunden verschiedener Art waren executorisch, und so hießen dann alle executorischen Urkunden, ohne Unterschied, zu welcher der drei Arten sie gehörten, bald instrumenta confessionata, bald instrumenta quarentigiata. Privaturkunden mit executorischer Wirksamkeit konnten so lange nicht vorkommen, als die executorische Wirksamkeit von einer vor dem iudex (ordinarius oder chartularius) abzulegenden confessio und dem darauf zu erlassenden praeceptum iudicis de solvendo abhängig blieb. Nachdem man aber das Erforderniß des praeceptum quarentigiae aufgegeben hatte, nachdem man sich mehr und mehr bewußt geworden war, daß das Recht der paraten Execution eigentlich nur auf der Uebereinkunft der Parteien beruhe und dadurch bestellt werden könne, mußte man von selbst darauf kommen, die Bestellung dieses Rechtes auch in Privaturkunden zuzulassen, soweit dieselben überhaupt zur Erwerbung vertragsmäßiger Rechte für genügend erachtet wurden. Früher, als im 15. Jahrhundert, ist irgend ein häufiger Gebrauch executorischer Privaturkunden kaum nachzuweisen. Als die Gewohnheit überhand genommen hatte, allen öffentlichen Urkunden ohne Rücksicht auf Ueber-

einkunft der Parteien executorische Wirksamkeit beizulegen, war ein gleiches Verfahren auch bei Privaturkunden zulässig. Die Ausbreitung des Gebrauches, Privaturkunden executorische Wirksamkeit beizulegen, ist weniger durch die Doctrin als vielmehr durch statutarische Gesetzgebung und Praxis, noch mehr aber durch das Beispiel der geistlichen Gerichte erfolgt. Uebrigens mußte der wirklichen Vollstreckung einer executorischen Privaturkunde regelmäßig ihre Anerkennung, das Zugeständniß ihrer Echtheit, vorhergehen, womit von selbst auch die Wahrheit ihres Inhaltes zugestanden erschien; und insofern konnte auch hier das Dasein einer confessio, und zwar, da sie vor dem ordentlichen Richter im Proceßwege erfolgte, auch mit besserem Grunde als bei öffentlichen Urkunden, bei welchen, wenigstens in früheren Zeiten, ein eigentliches Recognitionsverfahren in der Regel nicht vorkam, behauptet werden. Die Form des Verfahrens aus quarentigiirten Urkunden ist die des gewöhnlichen Executionsverfahrens. In diesem Sinne ist auch von den Italienern der Ausdruck Executivproceß stets verstanden worden. Wie schon der klare Wortsinn keinen Unterschied zwischen Executivproceß und Executionsproceß zuläßt, so verstanden sie in der That unter Executivproceß regelmäßig nichts anderes als Executionsverfahren; proceditur executive, es wird mit der Execution verfahren. Völlig fremd aber war den Italienern die jetzt so geläufige Vorstellung von dem Begriffe des Executivprocesses als einer bestimmt summarischen Proceßart. Summarisch war das Verfahren aus quarentigiirten Urkunden allerdings, aber nur insofern, als jedes iudicium executivum summarisch war; auch war es außerordentlich, aber nur insofern, als es extra ordinem iuris geschieht, aus einer Vertragsurkunde ohne Cognition der Hauptsache sofort mit der Execution zu verfahren. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn es häufig blos heißt, daß aus quarentigiirten Urkunden summarie, sine strepitu ac figura iudicii, simpliciter et de plano zu verfahren sei, wobei man nämlich hinzuzudenken hat: mit der Execution. Briegleb beschreibt nun das Verfahren in Italien genauer, was hier nicht weiter auseinanderzusetzen ist. Weiter setzt er das Recht der executorischen Urkunden und das daraus stattfindende Verfahren in den benachbarten Ländern, namentlich in Spanien und Frankreich auseinander. In Teutschland ist nach seiner Ausführung das Recht der executorischen Urkunden und der Executivproceß zugleich mit der Reception des römischen Rechtes angenommen worden. In Teutschland widerstand nämlich das Schuldrecht dem Einflusse des römischen Rechtes am längsten. Dasselbe wurde durch Selbsthilfe gehandhabt. Erst mit Einführung des ewigen Landfriedens und mit der Stiftung des Reichskammergerichtes wurde der Eigenmacht gesteuert und statt derselben die Möglichkeit richterlicher Hilfe gewährt. Die damalige Reichsgesetzgebung setzt die Verbindlichkeit des römischen Rechtes, freilich in seiner damals schon vielfach modernisirten Gestalt, als gemeinen Rechtes in Teutschland voraus. Als ein gemeinrechtliches

Institut hatte sich das Institut der quarentigiirten Urkunden damals schon überall in den romanischen Ländern geltend gemacht, und als ein gemeinrechtliches Institut ist es stillschweigend mit der Reception des römischen Rechtes überhaupt auch in Teutschland aufgenommen worden. Briegleb sieht dasselbe nicht als ein Ueberbleibsel der verdrängten einheimischen Rechte, sondern als ein in Teutschland aufgekommenes Anhängsel der eindringenden fremden Rechte an. Richtiger scheint aber die andere Ansicht über den Ursprung des Executivprocesses, welche denselben an das altteutsche Pfändungsrecht anknüpft. Sie ist von Ortloff iun. vertheidigt worden [56]). Es war nämlich unter den Mitteln, Jemanden zur Erfüllung seines Versprechens zu zwingen, das gewöhnlichste das auf Vertrag mit dem Promittenten beruhende Pfändungsrecht. Sehr gewöhnlich war die Pfändungsclausel, welche den Urkunden im Mittelalter einverleibt wurde. Sie war der Vertrag, wodurch der Gläubiger das Recht erhielt, sich selbst, ohne gerichtliche Hilfe, zu seiner Befriedigung aus des Schuldners Vermögen zu verhelfen. In der älteren Zeit setzte die Pfändung nach manchen Volksrechten, namentlich nach dem fränkischen, voraus, daß sie gerichtlich gestattet war und daß sie vom Gerichtsvorstande vorgenommen wurde; sie war zulässig wegen einer Schuld, zu deren Zahlung der Schuldner gerichtlich verurtheilt war oder welche sich auf ein gerichtliches Gelöbniß gründete. Anders verhielt es sich, wenn sich der Kläger auf eine außergerichtliche Zusage und dergl. berief, und der Beklagte, welcher gepfändet werden sollte, nicht vor Gericht erschien, um die Schuld zu bekennen oder abzuleugnen. Hier mußte der Richter dem Verlangen des Klägers, nachdem die erforderlichen außergerichtlichen und gerichtlichen Mahnungen vorausgegangen waren, entsprechen und die Pfändung auf den vom Impetranten angegebenen Betrag vornehmen, was aber auf Gefahr des Impetranten geschah [57]). Bei anderen germanischen Stämmen konnte der Gläubiger die Pfändung selbst vornehmen, nach einigen Volksrechten mit gerichtlicher Erlaubniß, nach anderen ohne dieselbe [58]). So setzte das longobardische Recht nur dreimalige Mahnung des Schuldners zur Zahlung voraus. Indessen traten später Beschränkungen ein. Die Landfriedensconstitutionen der teutschen Kaiser verbieten die Pfändung [59]), machen aber Ausnahmen, in welchen sie die Pfändung gestatten, nämlich 1) wegen Grundzinsen und Gülten, 2) wenn sich ein Schuldner der Pfändung freiwillig unterworfen hatte, 3) bei jeder

---

56) Herm. Fridr. Ortloff, de processus executivi origine et natura. Ienae 1854.

57) L. sal. emend. 52. §. 1. 2. 3. 4. 53. §. 1. Wilda, das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. I, S. 182 flg.

58) Gerichtliche Erlaubniß verlangt L. Baiuv. XII. 1. §. 1. XII. 3. §. 1. Dagegen erfordert das longobardische Recht sie nicht. L. Rothor. c. 249. 250. Wilda a. a. O. S. 184 flg., 190 flg.

59) Siehe die angeführten Gesetze bei Wilda a. a. O. S. 198, N. 68.

kündlichen Schuld[60]). Unter kündlicher, redlicher, unleugbarer, wissentlicher Schuld ist in allen den Stellen, wo sie erwähnt wird, eine Schuld zu verstehen, für welche solche Beweise vorlagen, daß der in Anspruch genommene Schuldner sie nicht abschwören konnte. Namentlich werden auch verbriefte Schulden als solche angesehen, wegen deren die Pfändung gestattet war[61]). Ehe die Reichsgesetzgebung das Pfändungsrecht in diesem weiten Umfange anerkannte, suchte man sich mit der Pfändungsclausel zu helfen, deren Bedeutung vorher erklärt worden ist. Das in der Reichsgesetzgebung wegen liquider Schulden anerkannte Pfändungsrecht ist auch durch den ewigen Landfrieden von 1495 nicht unbedingt aufgehoben, sondern nur diejenigen Pfändungen waren verboten, wodurch der Landfriede verletzt werden konnte; in den ewigen Landfrieden ist ausdrücklich die Clausel aufgenommen: und soll dieser Landfrieden niemand an seiner aufrichtigen Schuldverschreibung nemen oder geben, geben oder nemen. Hiernach sollte der Inhalt der Verschreibung die Rechte des Gläubigers bestimmen, d. h. es sollte darauf gesehen werden, ob die Verschreibung eine Erlaubniß zur Pfändung enthielt oder nicht. In der That ist auch das vertragsmäßige Pfändungsrecht noch lange nach dem ewigen Landfrieden bis in die Mitte des 16. Jahrhunderts in steter Uebung gewesen[62]). Indessen machten die Gläubiger nach und nach immer weniger davon Gebrauch, weil sowohl durch die Reichsgesetze als durch die Landesgesetze dafür gesorgt wurde, daß sie durch gerichtliche Hilfe ebenso schnell zur Befriedigung gelangten. In Statuten des 16. Jahrhunderts wie in denen von Freiburg von 1520 kommt noch die Pfändung wegen liquider Schuld durch den Gläubiger, jedoch mit Erlaubniß der Obrigkeit und mit Zuziehung eines Stadtknechtes vor. Das bayerische Pfandrecht von 1518[63]) und die Henneberger Landesordnung von 1539[64]) lassen wegen bekannter und bekanntlicher Schuld nur ein Executionsverfahren stattfinden. Unter bekanntlicher Schuld ist aber eine liquide Schuld zu verstehen, auch eine verbriefte, wie aus den Freiburger Statuten sich ergiebt. Bei dem Reichskammergerichte fand in der ersten Hälfte dem 16. Jahrhunderts noch kein Executionsverfahren aus Urkunden statt. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts wurden bei diesem höchsten Reichsgerichte aus einer Uebereinkunft, wodurch sich der Schuldner im Falle des Verzuges mit Uebergehung der Zwischeninstanz dem Kammergericht unterwarf, Zahlungsmandate mit Androhung einer Geldstrafe erlassen[65]). Vom Executivprocesse findet sich aber im kammergerichtlichen Verfahren keine Spur. Das Vaterland des Executivprocesses als einer eigenen summa-

60) Vgl. die Stellen bei Wilda S. 198, 199, 200.
61) Reichsabsch. zu Frankfurt 1442 §. 2.
62) Kopp, de iure pignorandi conventionali. Frcf. 1735. §. 19.
63) Reformation des bayer. Landr. v. 1518 Tit. VII, Art. 7.
64) Henneb. Landesordn. B. II, Tit. 8, Cap. 1, §. 1.
65) Gail. de pace publica lib. II. cap. 2. num. 25—28.

rischen auf Urkunden sich gründenden Proceßart ist Sachsen. Es finden sich schon in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunders Spuren in dieser Gegend, welche auf ein solches Verfahren hindeuten[66]). Das erste Partikulargesetz, welches den Executivproceß einführt, ist die kursächsische Landesordnung vom 1. October 1555 Tit. „Ueber versetzte Brief und Siegel". Sie bestimmt, daß, wenn Einer seinen öffentlichen, unleugbaren und unverfälschten Brief und Siegeln, die keine unehrliche Zusage in sich halten, vorsetzlich und ohne Ursache nicht nachkommen, sondern dawider vortheilhafte Auszüge (Einreden) suchen und erst darüber erkennen lassen wollte, ihm solches keineswegs gestattet, sondern Inhalts gegebener Brief und Siegel schleunig verholfen und keine andere Exception oder Ausflucht dawider zugelassen werden soll, als wenn er beweisen wollte, daß seinen Brief und Siegeln zuvor allbereit Genüge geschehen; es wird aber dem Beklagten nach erlittener Hilfe die Widerklage vorbehalten. Das Torgauer Ausschreiben von 1583 Tit. „Vom Wucher und wucherlichen Contracten" bestimmt, daß, wenn einer Klage aus einer Schuldverschreibung die Einrede des Wuchers entgegengesetzt wird und der Beklagte die Einrede nicht sofort bescheinigen kann, die Hilfe auf die Urkunde schleunig vollstreckt und dem Schuldner diese und andere Einreden erst nach vollstreckter Execution und geschehener wirklicher Zahlung auszuführen nachgelassen werden soll. In der kursächsischen Erledigung der Landesgebrechen von 1612 wird verordnet, daß Inhalts der Landesordnung wider klare Brief und Siegel keine Einreden, welche nicht sofort durch unleugbare Urkunden oder sonst aus den Acten oder des Gegentheiles Geständniß erweislich sind, zugelassen, sondern der Schuldner damit in die Reconvention verwiesen werden soll, außer wenn die Einrede aus der Natur des Contractes ihren Ursprung hat und aus der Urkunde selbst sich ergiebt. Aus diesen Gesetzen und durch die spätere Praxis, besonders durch Carpzov, hat sich nun der Executivproceß entwickelt. Im gemeinen Processe und bei dem Reichskammergerichte war aus liquiden Urkunden der Mandatsproceß üblich. Die Mandate waren früher meistens sine clausula, dann auch cum clausula, später auch wieder sine clausula. Der Executivproceß kam bei dem Reichskammergerichte nicht vor[67]). Der in Sachsen entstandene Executivproceß hat sich dagegen nach und nach über Teutschland verbreitet. Schon Mevius, welcher 1670 starb, erwähnt verschiedene Arten des Verfahrens aus Urkunden[68]). An einigen Orten nämlich wurde nur öffentlichen Urkunden, welche quarentigiirte genannt wurden, executorische Wirksamkeit beigelegt; an anderen unterschied man in dieser Beziehung nicht zwischen öffentlichen und Privaturkunden, an anderen

---

66) Vgl. Ortloff l. c. p. 33.
67) Ortloff l. c. p. 45—50.
68) Dav. Mevius, commentarius von den wucherlichen Contracten (ed. Francof. 1729.) P. I. cap. 2. §. V.

wurde der Gläubiger auf Production der Urkunde in des Schuldners Güter eingewiesen, an anderen wurde der Schuldner vorgeladen und mußte die Urkunde entweder recognosciren oder diffitiren, an anderen bedurfte es keiner Recognition oder Diffession, sondern es wurde ein Zahlungsbefehl erlassen und Termin zum Vorbringen der Einreden dagegen angesetzt, an anderen begann der Proceß mit einem mandatum sine clausula, an anderen mit einem mandatum cum clausula. Ebensowenig übereinstimmend war das Verfahren hinsichtlich der Einreden, indem man hier nur Einreden, welche aus der Obligation selbst hervorgingen, dort auch andere Einreden zuließ, hier deren sofortiges Vorbringen, dort auch deren sofortige Bescheinigung verlangte. So verschieden auch dieses Verfahren nach den verschiedenen Gesetzen und Gewohnheiten war, so ist doch auch schon Mevius der Ueberzeugung, daß die executorische Wirksamkeit liquider Urkunden gemeines teutsches Recht, teutsches Gewohnheitsrecht sei. Allein nicht in allen teutschen Ländern ist der Executivproceß eingeführt. In Oesterreich kam in einzelnen Provinzen schon früh ein Executionsverfahren aus Urkunden vor. In der Steierischen Reformation von 1574 Art. 36 wurde aus allen mit der Executivclausel versehenen Schuldurkunden ein summarisches Verfahren verstattet; das Gesetz ist in seinem ersten Theile der kursächsischen Landesordnung von 1555 a. a. O. sehr ähnlich, verlangt aber die Executivclausel abweichend von letzterer. Ein ähnliches Verfahren fand nach der Landsrechtsordnung des Herzogthums Kärnthen von 1577 Art 24 aus den mit der Executivclausel versehenen Schuldurkunden statt[69]. Das Verfahren aus liquiden Schuldurkunden in Oesterreich bestand darin[70], daß der Richter nach Durchlesung der Urkunde, gleichviel ob einer öffentlichen oder einer Privaturkunde, einen Zahlungsbefehl erließ, gegen welchen anfangs allein die Einrede der Zahlung schützte; ein Mandat Kaiser Ferdinand II. vom 23. December 1631 erklärte alle auf weiterer Erörterung beruhende Einreden für unstatthaft; die Execution fand statt ohne vorgängiges Urtheil. Das Verfahren war also kein Executivproceß, sondern ein Executionsverfahren. Auch ist in Oesterreich der Executivproceß nie üblich gewesen und auch jetzt nicht üblich, obgleich Haimerl[71] nach §. 298 der allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung das Gegentheil behauptet. Allein der von ihm beschriebene Proceß kommt mit unserem Executivprocesse nur darin überein, daß die Klage mit unzweifelhaften Urkunden begleitet eingereicht wird; allein wenn in dem anberaumten Termine, in welchem allerdings, wenn es möglich ist, sofort erkannt werden soll, die Einreden nicht sofort erweislich sind, so wird auf Beweis erkannt

69) In beiden Gesetzen heißt die Executivclausel Landschadenpunkt. Vgl. darüber Art. 37 der steierischen Reformation von 1574.

70) Vgl. Suttinger, obs. pract. ad stylum iudicii provincialis Austriae (ed. 1650.) obs. XI. CIV.

71) Haimerl, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 35, S. 401 flg.

und der summarische Proceß in den ordentlichen übergeleitet. Der Unterschied dieses Verfahrens vom Executivprocesse besteht darin, daß die Einreden auch durch andere Beweismittel als Urkunden bewiesen werden und Interlocute darin vorkommen können, ja das summarische Verfahren mit einem Beweisinterlocute sich endigt, wenn die Einreden nicht sofort erweislich sind. In Mecklenburg wurde durch die Canzleiordnung von 1573 und die Hof- und Landgerichtsordnung von 1579 und einige andere Gesetze ein dem Executivprocesse sehr ähnliches Verfahren eingeführt, nach welchem Zahlungsbefehle mit der Clausel, die Gründe vorzubringen oder zu bescheinigen, warum nicht gezahlt worden sei, erlassen werden und nur aus Acten oder Urkunden sofort erweisliche Einreden statthaft sind [72]). Zu den ältesten Gesetzen, wodurch der Executivproceß weiter außerhalb Sachsen sich verbreitete, gehört Heinrich's, Erzbischofs von Bremen, Constitution oder Edict von wucherlichen Contracten von 1580 [73]), wodurch ein dem sächsischen Executivprocesse sehr ähnliches Verfahren eingeführt wurde [74]). In die Hamburger Statuten von 1603 ist die kursächsische Constitution von 1555 wörtlich übergegangen und das Verfahren ist dasselbe wie das sächsische [75]). In Braunschweig-Lüneburg ist der Executivproceß durch eine Verordnung Friedrich Ulrich's von 1617 „wegen Exequirung untadelhafter Briefe" eingeführt, jedoch auch Beweis der Einreden durch Eidesantrag zugelassen. Ebenso ist der Executivproceß in die Gerichtsordnungen von Bremen, Verden, Lauenburg, Celle, Schaumburg, Calenberg, Wolfenbüttel und Hildesheim übergegangen [76]). Unter den sächsischen Proceßordnungen ist die erste, welche den vollständigen Executivproceß einführte, die Proceßordnung Herzog Ernst des Frommen von Sachsen-Gotha vom 28. März 1670 P. II. Cap. 2, welche hauptsächlich den Ansichten Carpzov's folgt, und dann ist der Executivproceß in alle Länder, in welchen der sächsische Proceß gilt, übergegangen [77]). In der Kurmainzischen weltlichen Gerichtsordnung für die Stadt Erfurt von 1704 Tit. XXVI, S. 93 ist der Executivproceß vollständig eingeführt. Weniger vollständig ist die bayerische Gesetzgebung darüber. In der Gerichts-

---

72) v. Kamptz, Hdbch. des mecklenb. Civilproc. (Berlin 1811) §. 131, S. 244, N. 1. §. 144, S. 247.

73) Sie steht an der Spitze von Mevius angeführter Schrift.

74) Dasselbe ist beschrieben von Mevius l. c. P. I. cap. 2. P. II. cap. 8. §. IV. sq. cap. 11.

75) Hamb. Stat. v. 1603 Tit. XX, Art. I. Vgl. Gries, Comment. zum Hamb. Stadtrecht von 1603 herausgeg. von Westphalen (Hamb. 1837) Bd. I, S. 72.

76) Vgl. E. Pufendorf, introd. in process. civil. electoratus Brunsvico-Luneburgici, provinciarum ei annexarum, Bremensis, Verdensis, Lauenburgensis etc. ed. a C. F. Pufendorf (Hannov. 1769.) cap. IV. §. XI—XXVIII.

77) Die einschlagenden Gesetze dieser Länder sind erwähnt und deren Bestimmungen über den Executivproceß dargestellt in Heimbach, Lehrb. d. sächs. bürgerl. Processes Bd. 2, §. 114—129.

ordnung von 1518 Tit. 7, Art. 7 wurde wegen liquider oder zugestandener Schulden sofort Execution verstattet. Allein der Codex iuris Bavarici iudicarii von 1753 führte den Executivproceß ein, und nach den Bestimmungen desselben ist in dieser Proceßart nur Urkundenbeweis zulässig und es wird auch der Diffessionseid geschworen, wenn der Gegner es verlangt[78]). In Preußen gründete sich der Executivproceß auf die Gesetzgebung von 1793[79]); er wurde im J. 1833 aufgehoben und statt desselben aus öffentlichen Urkunden der Mandatsproceß und aus öffentlichen und Privaturkunden in gewissen Fällen summarisches Verfahren eingeführt[80]). Daß der Executivproceß, obgleich partikulären und zwar sächsischen Ursprunges, als gemeinrechtlich betrachtet und als solcher in den Systemen des gemeinen Civilprocesses aufgeführt wird, ist lediglich der Doctrin zuzuschreiben. Schon Friderus[81]) hatte das Recht der prompten Execution wegen der aus Urkunden jeder Art erweislichen Schulden aus dem gemeinen Rechte abgeleitet, und obgleich Colerus in der in Teutschland ersten Schrift über den Executivproceß, welche 1586 beendigt wurde[82]), dies leugnet, so sind dem Ersteren doch Mevius[83]) und viele Andere gefolgt und haben vergessen, daß jenes Recht der stracklichen Execution in dem im alten teutschen Gewohnheitsrechte begründeten Pfändungsrechte des Gläubigers begründet war. Obgleich die Art des Verfahrens aus Urkunden bei dem Reichskammergerichte eine andere war als in Sachsen und in anderen teutschen Gebieten, und gemeinrechtlich der Mandatsproceß da, wo der Executivproceß nicht eingeführt war, subsidiarisch Anwendung fand, so haben doch die Processualisten den Executivproceß fortwährend als gemeinrechtlich betrachtet, während doch nur der Mandatsproceß aus executorischen Urkunden als gemeinrechtlich anzusehen ist, und in allen Proceßsystemen wird der Executivproceß, wie ihn Carpzov aus den sächsischen Gesetzen und sächsischem Gerichtsgebrauche entwickelt hat, gelehrt. Mehrere derselben leugnen nicht dessen partikulären Ursprung[84]). Manche haben dem Executivprocesse die gemeinrechtliche Natur deshalb

---

78) Cod. iur. Bavar. iud. cap. XI. §. 8. Anmerkungen über den Cod. iur. Bavar. iudic. p. 155.

79) Allgem. Gerichtsordn. v. 6. Juli 1793 Tit. 28, §. 1—13.

80) Kgl. preuß. Gesetz über den Mandats-, summarischen und Bagatellproceß v. 1. Juni 1833.

81) Petr. Friderus Mindanus, de mandatis et monitoriis iudicialibus sine clausula tractatus (beendigt 1596 ed. 3. Francof. ad Moen. 1618.) cap. 69. §. 3. 11. cap. 70. §. 1. 3.

82) Matth. Colerus, de processibus executivis. Colon. Agripp. 1718.

83) Mevius l. c. P. I. cap. III. §. IX. fin.

84) Sieber, Versuch einer Anleitung zum gerichtlichen Proceß (Göttingen 1761) §. 329, S. 231. Claproth, Einleit. in sämmtl. summar. Processe (Göttingen 1785) §. 157. Danz, Grundſ. der summar. Processe. Ausg. von Gönner (Stuttgardt 1806) §. 77. Schmid, Hdbch. des gem. teutschen Civilprocesses §. 205, Bd. 3, S. 170.

vindicirt, weil sie ihn aus der teutschen Pfändung ableiteten[85]). Es ist zwar richtig, daß das Recht stracklicher Execution aus Urkunden in der Form der Privatpfändung stattfand; aber aus der Privatpfändung kann doch die Form des Executivprocesses nicht hergeleitet werden, da zwischen ersterer und letzterer ein großer Unterschied war; zuerst in Sachsen ist der Executivproceß entstanden. Manche neuere Processualisten haben sich der Ansicht von Briegleb angeschlossen[86]).

III. Was die übrigen summarischen Proceßarten anlangt, so ist 1) der Mandatsproceß nicht in allen teutschen Ländern üblich. Namentlich in den sächsischen Ländern ist er unbekannt und wird in den sächsischen Proceßordnungen nicht erwähnt, weil ein Bedürfniß dazu nicht vorhanden war, indem die Stelle des Mandatsprocesses zum Theil durch den Inhibitivproceß, zum Theil durch den Executivproceß ersetzt wurde[87]). Was in dem früheren Artikel über diese Proceßart als Mandatsproceß aus den Gesetzen sächsischer Länder angeführt wird[88]), heißt in den sächsischen Ländern nicht Mandatsproceß, sondern ist ein Executionsverfahren, und wird entweder zum unbestimmten summarischen Processe gerechnet oder heißt Executionsproceß[89]). Erst die neueste Gesetzgebung einzelner sächsischer Länder hat den Mandatsproceß wieder eingeführt[90]). In Anhalt war, obgleich der sächsische Proceß dort gilt, auch der Mandatsproceß üblich[91]), und in Anhalt-Dessau ist der früher aufgehobene Mandatsproceß wieder hergestellt und näher be-

85) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 3, §. 463. Heffter, Institutionen des Civilprocesses S. 432, Nr. 10. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV, (Ausg. v. 1826) §. 5, S. 107. Mühlenbruch, Entw. des gemeinrechtl. u. preuß. Civilprocesses (Halle 1827) S. 244. Bayer, Theor. der summar. Processe (Ausg. 1, München 1830) §. 41.

86) Martin, gem. teutscher bürgerl. Proceß Ausg. 11, §. 250, N. a. Rudorff, Grundr. zu Vorlesungen über den Civilproceß (Berlin 1837) §. 73. Gett, Executivproceß (Nürnb. 1841) S. 7.

87) So sind die Fälle, in welchen nach den sächsischen Proceßgesetzen eine Inhibition sine clausula erkannt werden kann, im wesentlichen dieselben, welche sich nach den Reichsgesetzen zur Erlassung unbedingter Mandate eignen.

88) S. den Art. Mandatsproceß Bd. VII, S. 70 flg.

89) Es gehören dahin die Bestimmungen des Goth. Ges. über den unbest. summar. Proceß v. 12. October 1837 §. 70. Königl. sächs. Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838 §. 86. Altenb. Ges. v. 14. Octbr. 1852 §. 72—76.

90) So bestimmt die Coburg. Verordn. v. 6. Septbr. 1838 §. 1, 2, daß über Forderungen der Apotheker für creditirte Arzneien, wenn die schriftlich übergebene Apothekerrechnung von einem inländischen Arzte als richtig attestirt oder derselben das Original der zu Grunde gelegten, mit ärztlich festgestellter Taxe versehenen Recepte beigefügt ist, auf das Gesuch um gerichtliche Beitreibung im unbedingten Mandatsprocesse verhandelt werden soll.

91) Die Anhalt. Proceßordnung Tit. IV läßt in einigen in der Reichsgesetzgebung bestimmten Fällen unbedingten Mandatsproceß stattfinden. Auch das Bernburg. Rescript v. 31. Juli 1770 §. 4 erkennt den Mandatsproceß als in der Landesordnung begründet an.

stimmt worden[92]). 2) In den sächsischen Ländern trat an die Stelle des Mandatsprocesses der Inhibitivproceß, d. h. diejenige summarische Proceßart, in welcher derjenige, dessen Person, Vermögen oder Besitzstand durch einen Anderen eigenmächtig angegriffen worden ist oder einen solchen eigenmächtigen Angriff zu erleiden in Gefahr steht, auf ein sofort zu erlassendes Verbot (Inhibition) solcher eigenmächtigen Angriffe für die Zukunft anträgt. Die Inhibitionen werden, wie die Mandate, entweder bedingt oder unbedingt, d. h. mit Vorbehalt oder ohne Vorbehalt rechtlicher Vertheidigung (cum clausula iustificatoria vel sine clausula iustificatoria) erlassen; auch wird entweder sofort die Androhung einer Geldstrafe für den Zuwiderhandlungsfall beigefügt oder nicht. Obwohl der Inhibitivproceß dem Mandatsprocesse ähnlich ist, so unterscheidet er sich doch von demselben darin, daß er ein enger begrenztes Gebiet hat und nur Verbote, also Unterlassungen bezweckt, während die Mandate auch Gebote positiver Handlungen enthalten. Der Inhibitivproceß war im Königreiche Sachsen nur bei den Hofgerichten, in den sächsischen Herzogthümern bei dem gemeinschaftlichen Hofgerichte zu Jena und bei den Landesregierungen üblich, und findet in letzteren jetzt zum Theil auch bei den Untergerichten statt. Hauptsächlich ist er durch Carpzov ausgebildet worden[93]) und dessen Ansichten sind in die sächsischen Proceßordnungen übergegangen[94]). 3) Eine eigenthümliche Gestaltung hat in den sächsischen Ländern das Verfahren vor den Consistorien erhalten, daher dort der Consistorialproceß eine eigene summarische Proceßart bildet. Insbesondre ist das Verfahren in Ehesachen eigenthümlich und es ist dasselbe auch dann geblieben, nachdem streitige Ehesachen in den meisten hierher gehörigen Staaten den Consistorien entzogen und weltlichen Gerichten überwiesen worden sind. Seine Ausbildung verdankt der Consistorialproceß hauptsächlich dem älteren Gerichtsgebrauche des Königreiches Sachsen, auf welchen auch in den anderen Ländern des sächsischen Processes in Ermangelung einheimischer Gesetzgebung zurückgegangen werden muß[95]). Eine besondere Art des Eheprocesses ist in den Ländern des sächsischen Processes der Desertionsproceß. Derselbe wird durch eine vor-

---

92) Dess. revid. Erläut. z. PO. v. 1850 Anhang Cap. 1. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes Bd. 2, §. 140.

93) Vgl. Carpzov, processus iuris in foro Saxoniae tit. XXIII. art. II—IV. und dessen tract. de inhibitionibus.

94) Goth. Landesordn. v. 1666 P. II. Cap. 1, Tit. 1. Ernest. Proceßordn. P. II. Cap. 4. Eisen. Proceßordn. Tit. 26. Altenb. Proceßordn. P. II. Cap. 4. Goth. Proceßordn. P. II. Cap. 5. Vgl. Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. 2, §. 166—169.

95) Vorschriften über den Consistorialproceß enthalten die Ernest. PO. P. II. Cap. 5. Altenb. PO. P. II. Cap. 5. Eheordn. v. 13. Mai 1837. Goth. PO. P. II. Cap. 6. Ehemandat v. 15. August 1834. Sonderh. Ges. v. 30. Aug. 1845. Dess. revid. Erläut. z. PO. Anhang Cap. 8. Vgl. Heimbach a. a. O. §. 56—81.

vindicirt, weil sie ihn aus der teutschen Pfändung ableiteten[85]). Es ist zwar richtig, daß das Recht strackliche Execution aus Urkunden in der Form der Privatpfändung stattfand; aber aus der Privatpfändung kann doch die Form des Executivprocesses nicht hergeleitet werden, da zwischen ersterer und letzterer ein großer Unterschied war; zuerst in Sachsen ist der Executivproceß entstanden. Manche neuere Processualisten haben sich der Ansicht von Briegleb angeschlossen[86]).

III. Was die übrigen summarischen Proceßarten anlangt, so ist 1) der Mandatsproceß nicht in allen teutschen Ländern üblich. Namentlich in den sächsischen Ländern ist er unbekannt und wird in den sächsischen Proceßordnungen nicht erwähnt, weil ein Bedürfniß dazu nicht vorhanden war, indem die Stelle des Mandatsprocesses zum Theil durch den Inhibitivproceß, zum Theil durch den Executivproceß ersetzt wurde[87]). Was in dem früheren Artikel über diese Proceßart als Mandatsproceß aus den Gesetzen sächsischer Länder angeführt wird[88]), heißt in den sächsischen Ländern nicht Mandatsproceß, sondern ist ein Executionsverfahren, und wird entweder zum unbestimmten summarischen Processe gerechnet oder heißt Executionsproceß[89]). Erst die neueste Gesetzgebung einzelner sächsischer Länder hat den Mandatsproceß wieder eingeführt[90]). In Anhalt war, obgleich der sächsische Proceß dort gilt, auch der Mandatsproceß üblich[91]), und in Anhalt-Dessau ist der früher aufgehobene Mandatsproceß wieder hergestellt und näher be-

---

85) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 3, §. 463. Heffter, Institutionen des Civilprocesses S. 432, Nr. 10. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV, (Ausg. v. 1826) §. 5, S. 107. Mühlenbruch, Entw. des gemeinrechtl. u. preuß. Civilprocesses (Halle 1827) S. 244. Bayer, Theor. der summar. Processe (Ausg. 1, München 1830) §. 41.

86) Martin, gem. teutscher bürgerl. Proceß Ausg. 11, §. 250, N. a. Rudorff, Grundr. zu Vorlesungen über den Civilproceß (Berlin 1837) §. 73. Gett, Executivproceß (Nürnb. 1841) S. 7.

87) So sind die Fälle, in welchen nach den sächsischen Proceßgesetzen eine Inhibition sine clausula erkannt werden kann, im wesentlichen dieselben, welche sich nach den Reichsgesetzen zur Erlassung unbedingter Mandate eignen.

88) S. den Art. Mandatsproceß Bd. VII, S. 70 flg.

89) Es gehören dahin die Bestimmungen des Goth. Ges. über den unbest. summar. Proceß v. 12. October 1837 §. 70. Königl. sächs. Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838 §. 86. Altenb. Ges. v. 14. Octbr. 1852 §. 72—76.

90) So bestimmt die Coburg. Verordn. v. 6. Septbr. 1838 §. 1, 2, daß über Forderungen der Apotheker für creditirte Arzneien, wenn die schriftlich übergebene Apothekerrechnung von einem inländischen Arzte als richtig attestirt oder derselben das Original der zu Grunde gelegten, mit ärztlich festgestellter Taxe versehenen Recepte beigefügt ist, auf das Gesuch um gerichtliche Beitreibung im unbedingten Mandatsprocesse verhandelt werden soll.

91) Die Anhalt. Proceßordnung Tit. IV läßt in einigen in der Reichsgesetzgebung bestimmten Fällen unbedingten Mandatsproceß stattfinden. Auch das Bernburg. Rescript v. 31. Juli 1770 §. 4 erkennt den Mandatsproceß als in der Landesordnung begründet an.

stimmt worden[92]). 2) In den sächsischen Ländern trat an die Stelle des Mandatsprocesses der Inhibitivproceß, d. h. diejenige summarische Proceßart, in welcher derjenige, dessen Person, Vermögen oder Besitzstand durch einen Anderen eigenmächtig angegriffen worden ist oder einen solchen eigenmächtigen Angriff zu erleiden in Gefahr steht, auf ein sofort zu erlassendes Verbot (Inhibition) solcher eigenmächtigen Angriffe für die Zukunft anträgt. Die Inhibitionen werden, wie die Mandate, entweder bedingt oder unbedingt, d. h. mit Vorbehalt oder ohne Vorbehalt rechtlicher Vertheidigung (cum clausula iustificatoria vel sine clausula iustificatoria) erlassen; auch wird entweder sofort die Androhung einer Geldstrafe für den Zuwiderhandlungsfall beigefügt oder nicht. Obwohl der Inhibitivproceß dem Mandatsprocesse ähnlich ist, so unterscheidet er sich doch von demselben darin, daß er ein enger begrenztes Gebiet hat und nur Verbote, also Unterlassungen bezweckt, während die Mandate auch Gebote positiver Handlungen enthalten. Der Inhibitivproceß war im Königreiche Sachsen nur bei den Hofgerichten, in den sächsischen Herzogthümern bei dem gemeinschaftlichen Hofgerichte zu Jena und bei den Landesregierungen üblich, und findet in letzteren jetzt zum Theil auch bei den Untergerichten statt. Hauptsächlich ist er durch Carpzov ausgebildet worden[93]) und dessen Ansichten sind in die sächsischen Proceßordnungen übergegangen[94]). 3) Eine eigenthümliche Gestaltung hat in den sächsischen Ländern das Verfahren vor den Consistorien erhalten, daher dort der Consistorialproceß eine eigene summarische Proceßart bildet. Insbesondre ist das Verfahren in Ehesachen eigenthümlich und es ist dasselbe auch dann geblieben, nachdem streitige Ehesachen in den meisten hierher gehörigen Staaten den Consistorien entzogen und weltlichen Gerichten überwiesen worden sind. Seine Ausbildung verdankt der Consistorialproceß hauptsächlich dem älteren Gerichtsgebrauche des Königreiches Sachsen, auf welchen auch in den anderen Ländern des sächsischen Processes in Ermangelung einheimischer Gesetzgebung zurückgegangen werden muß[95]). Eine besondere Art des Eheprocesses ist in den Ländern des sächsischen Processes der Desertionsproceß. Derselbe wird durch eine vor-

92) Dess. revid. Erläut. z. PO. v. 1850 Anhang Cap. 1. Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes Bd. 2, §. 140.

93) Vgl. Carpzov, processus iuris in foro Saxoniae tit. XXIII. art. II—IV. und dessen tract. de inhibitionibus.

94) Goth. Landesordn. v. 1666 P. II. Cap. 1, Tit. 1. Ernest. Proceßordn. P. II. Cap. 4. Eisen. Proceßordn. Tit. 26. Altenb. Proceßordn. P. II. Cap. 4. Goth. Proceßordn. P. II. Cap. 5. Vgl. Heimbach, sächs. bürgerl. Proceß Bd. 2, §. 166—169.

95) Vorschriften über den Consistorialproceß enthalten die Ernest. PO. P. II. Cap. 5. Altenb. PO. P. II. Cap. 5. Eheordn. v. 13. Mai 1837. Goth. PO. P. II. Cap. 6. Ehemandat v. 15. August 1834. Sondersh. Ges. v. 30. Aug. 1845. Dess. revid. Erläut. z. PO. Anhang Cap. 8. Vgl. Heimbach a. a. O. §. 56—81.

sätzliche Verweigerung der ehelichen Pflichten begründet, welche bösliche Verlassung im weiteren Sinne heißt und entweder in einer Abwesenheit des Ehegatten mit der Absicht, zu dem verlassenen Ehegatten nicht wieder zurückzukehren (desertio malitiosa vera) oder in vorsätzlicher Verweigerung der ehelichen Beiwohnung (desertio malitiosa quasi talis) besteht. Jede dieser beiden Arten böslicher Verlassung begründet auch eine Verschiedenheit im Verfahren, welches bei der ersteren Desertionsproceß im engeren Sinne, bei letzterer Quasidesertionsproceß genannt wird. Das Verfahren bei der wirklichen böslichen Verlassung ist wieder verschieden, je nachdem der Aufenthalt des abwesenden Ehegatten bekannt ist oder nicht[96]). 4) Eine in vielen teutschen Ländern vorkommende summarische Proceßart ist der Edictalproceß, diejenige Proceßart, vermöge welcher alle diejenigen, welche an einem Gegenstande Ansprüche irgend einer Art zu haben vermeinen, durch öffentliche Ladung auf einen bestimmten in der Ladung zugleich festzusetzenden Termin zur Anmeldung und Bescheinigung ihrer Ansprüche unter der Verwarnung vorgeladen werden, daß sie im Falle ihres Nichterscheinens und der Nichtanmeldung ihrer Ansprüche mit denselben ausgeschlossen werden sollen. Gemeinrechtlich wird die Edictalladung regelmäßig in dem Falle angewendet, wenn in einem Rechtsstreite einem Beklagten, dessen Person bekannt ist, die Ladung auf dem gewöhnlichen Wege nicht behändigt werden kann, sei es, daß sein Aufenthalt unbekannt ist oder bei bekanntem Aufenthalte das Gericht seines jetzigen Aufenthaltsortes die Ladung ihm zu behändigen auf Requisition sich weigert. Der Gerichtsgebrauch läßt aber die Edictalladung auch zur Ausmittelung der Inhaber unbekannter Ansprüche zu. Unbestritten ist dieser Gerichtsgebrauch gemeinrechtlich zum Behuf der Todeserklärung Verschollener, indem sowohl der Abwesende als diejenigen, welche Erbansprüche an seinem Vermögen zu haben vermeinen, edictaliter vorgeladen werden, und im Concurse, wo zur Feststellung der Masse und zur Aufklärung des Passivstandes Edictalladung an alle unbekannte Gläubiger des Gemeinschuldners zur Anmeldung ihrer Ansprüche erlassen wird. Auch außer diesen Fällen wird die Edictalladung häufig von den Gerichten zur Ausmittelung unbekannter Ansprüche angewendet, z. B. bei Nachlässen, zu denen keine Erben bekannt sind, bei Restitution verlorengegangener oder vernichteter Hypothekenbücher, bei Hypotheken, deren Löschung beantragt wird, ohne daß die Tilgung der Schuld erweislich ist, zur Ungiltigerklärung abhanden gekommener Urkunden u. s. w. Wenn nun auch an sich den Gerichten die Befugniß, in solchen Fällen Edictalladung mit präclusiver Kraft zu erlassen, ohne gesetzliche Ermächtigung hierzu bestritten werden muß, so ist doch die Nothwendigkeit eines

---

96) Vgl. über den Desertionsproceß Kori, sächs. summar. bürgerl. Proceß §. 21—24, 58, 61, 63. Heimbach a. a. O. §. 60, 61, 65, 67, 68, 73, 75, 77, 78, 79.

solchen Verfahrens häufig so dringend, daß man sich über jenes Bedenken hinwegsetzen muß. Denn z. B. bei Vernichtung der Hypothekenbücher eines Gerichtes giebt es zum Behufe der Ordnung des Hypothekenwesens und der Restitution der Hypothekenbücher kein passenderes Mittel als Edictalladung an Alle, welche Pfandansprüche an den betreffenden Immobilien zu haben vermeinen. In den meisten teutschen Ländern sind indessen die Fälle, in welchen das Gericht den Edictalproceß außerhalb des Concurses zu eröffnen hat, näher bestimmt[97]). Die Grundsätze über den Edictalproceß beruhen hauptsächlich auf dem Gerichtsgebrauche[98]).

Heimbach sen.

Superficies[1]). I. Begriff und Gegenstand. Dem Grundeigenthümer steht vermöge des Grundsatzes: accessio sequitur suum principale, und des daraus folgenden: solo cedit, quod solo inaedificatur, das Eigenthum an den auf seinem Grund und Boden errichteten Gebäuden zu, mag er das Gebäude mit fremdem Material oder ein Anderer dasselbe mit seinem Material errichtet haben[2]); als Folge des Eigenthums hat er natürlich auch ein unbeschränktes Benutzungsrecht daran. Eine Beschränkung beider Rechte kann eintreten durch das dingliche Recht der Superficies, welche gewöhnlich aus einer dauernden Vermiethung des Grundstückes zur Benutzung durch ein Gebäude hervorgeht[3]). Die Superficies (im subjectiven Sinne) oder das superficiarische Recht[4]) ist nämlich das dingliche, veräußerliche und vererbliche Recht an fremdem Grund und Boden, kraft dessen der Berechtigte das

---

97) Ueber die diesfallsigen Bestimmungen in den Ländern des sächsischen Processes vgl. Heimbach a. a. O. §. 178—210.

98) Vgl. besonders Haase, über Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses, Leipzig 1817.

1) Quellen: Dig. 43. 18. und viele in den Digesten zerstreute Stellen, die besonders anzuführen sind. Literatur: Donellus, Comm. iur. civ. lib. IX. cap. 16. sq. Hert, diss. de iure superficiario 1682 (Opp. Vol. I. Tom. III. p. 221. sq.). Buri, Erläut. des in Teutschland üblichen Lehenrechtes, herausg. v. Runde Bd. 2, S. 570 flg. Dittmar, de superficiae notione. 1810. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 444 flg. v. Buchholtz, jurist. Abhdl. Nr. 25, S. 305—322. Büchel, civilrechtl. Erörter. I, 3 (über iura in re und deren Verpfändung) S. 56 flg. v. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. II, S. 244 flg. Arndts, in derselben Zeitschr. N. F. Bd. III, S. 407 flg. Duroi, im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 386 flg. Rudorff, Beitrag zur Geschichte der Superficies, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XI, S. 219 flg. Nicgolewsky, de iure superficiario. 1846. Schmid, Hdbch. des gem. teutschen bürgerl. Rechtes Bd. 2, S. 57—85. Vgl. auch den Artikel Accession Bd. I, S. 28, N. 69 und den Artikel Interdicte Bd. V, S. 574 flg.

2) §. 29. 30. Inst. II. 1.

3) L. 1. § 3. L. 2. D. 43. 18.

4) Superficies oder superficium heißt im objectiven Sinne in den Quellen des römischen Rechtes auch Alles, was wie Grund und Boden fest zusammenhängt, so daß es dessen Oberfläche bedeckt. L. 71. D. 7. 1. L. 13. pr. D. 8. 3. L. 32. D. 23. 3. L. 39. D. 30. L. 1. §. 1. D. 43. 18.

Grundstück insofern als er auf demselben ein Gebäude haben darf, dieses Gebäude selbst aber, welches als Accession des Grundes und Bodens dem Grundeigenthümer gehört, unbeschränkt benutzen und gebrauchen darf[5]). Eine sehr bestrittene Frage ist, ob dieses Recht ein sog. ius in re aliena oder ein sog. dominium utile sei[6]). Wir können diesen Streit nicht für praktisch halten und halten ihn auch schon nach römischem Rechte für müssig, weil die gedachten Ausdrücke bei den Römern als Kunstausdrücke gar nicht vorkommen. Das superficiarische Recht kann aber nur ein Recht an einer fremden Sache sein, da nach den klaren Aussprüchen der Quellen die auf Grund und Boden stehende superficies Eigenthum des Grundeigenthümers ist. Dieses Recht ist aber ein dem Eigenthum sehr nahe kommendes Recht, gleich dem des Emphyteuta, es enthält die Befugniß, das Eigenthum an einem auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude vollständig und unabhängig vom Eigenthümer auszuüben[7]). Der Unterschied der auf Gebäude beschränkten Superficies von der Emphyteuse, welche gewöhnlich an fruchttragenden Grundstücken zusteht, aber auch an Gebäuden zulässig ist, besteht hauptsächlich darin[8]), daß der Superficiar das Grundstück nur insofern als er darauf ein Gebäude zu haben befugt ist, der Emphyteuta aber auch zu jedem anderen, durch die Grenzen seines Rechtes nicht ausgeschlossenen Zwecke benutzen darf, und daß an sich, wenn man von der Verbindung des Gebäudes mit dem Grund und Boden absieht, der Superficiar an dem Gebäude, dessen Eigenthum infolge jener Verbindung dem Grundeigenthümer erworben ist, zur vollständigen und unbeschränkten Ausübung des Eigenthums berechtigt ist, sofern daraus während der Dauer jener Verbindung keine Auf-

5) L. 1. §. 1. 3—5. L. 2. D. 43. 18. L. 86. §. 4. D. 30. L. 49. D. 50. 16. L. 19. pr. D. 39. 2.

6) Ersteres nehmen an Savigny, Recht des Besitzes §. 9, S. 98. §. 23, S. 289. §. 47, S. 557 flg. v. Löhr, im Magazin Bd. III, S. 487, N. 1. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, S. 246, N. 685. v. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 245 flg. Büchel a. a. O. S. 61 flg. Letzteres vertheidigt außer Anderen besonders Duroi, im Arch. Bd. VI, S. 386 flg. Am ausführlichsten handelt über diese Streitfrage Büchel a. a. O.

7) Büchel a. a. O. S. 56 flg. Für das dominium utile des Superficiars werden die Worte folgender Stellen angeführt: L. 9. §. 4. D. 39. 2.: si solum sit alterius, superficies alterius. L. 3. §. 7. D. 43. 17.: quasi dominus moratur. Allein daraus kann nichts dafür abgeleitet werden; denn in L. 3. §. 3. D. 39. 1. heißt es von ihm wieder: quasi inquilinus est. Der Hauptbeweis gegen ein sog. dominium utile ist aber der, daß das dingliche Recht des Superficiars durch ein Geschäft begründet werden kann, welches nicht auf eine Veräußerung, selbst nicht nach prätorischem Rechte, sondern auf Gebrauchsgestattung gerichtet ist, nämlich durch Vermiethung des Gebäudes, was die gewöhnliche Entstehungsart der Superficies war, wie unwiderleglich daraus hervorgeht, daß der Prätor das interdictum de superficiebus und die actio in rem zunächst an die lex locationis angeschlossen hatte. L. 1. pr. §. 3. D. 43. 18.

8) Die Darstellung der Verschiedenheiten zwischen Emphyteusis und Superficies bildet besonders den Gegenstand der Abhandlung von Buchholtz.

hebung des auf der Regel: accessio sequitur suum principale beruhenden Eigenthums des Grundeigenthümers hervorgeht, d. h. die Möglichkeit der Rückkehr dieses Eigenthums zu seiner natürlichen Unbeschränktheit nicht ausgeschlossen wird, wogegen dem Emphyteuta auch in dem Falle, wenn ein Gebäude allein Gegenstand der Emphyteuse ist, an diesem selbst, wenn dasselbe außer Verbindung mit dem Grundstücke gedacht wird, die Ausübung der Eigenthumsrechte nicht unbeschränkt, sondern nur innerhalb der Grenzen des emphyteutischen Rechtes zusteht. Hiernach hat das superficiarische Recht in Ansehung der Benutzung des Grundstückes einen engeren, in Bezug auf das damit verbundene Gebäude aber einen weiteren Umfang als unter gleichen Voraussetzungen das emphyteutische Recht. Gegenstand des superficiarischen Rechtes sind nur Gebäude [9]). Es ist dies aber bestritten und Viele halten dagegen alles mit dem Grund und Boden Zusammenhängende, sei dieses ein Gebäude oder etwas Anderes, wie Wald, Pflanzungen u. s. w. für möglichen Gegenstand dieses Rechtes [10]). Allein alle Stellen, welche genauer, nicht blos mit dem unbestimmten Ausdrucke superficies von dem Gegenstande des superficiarischen Rechtes und von diesem selbst handeln, sprechen immer nur von den Gebäuden [11]). Die Superficies als selbstständiges dingliches Recht ist ihrer ganzen Natur nach eine

---

9) Dieser Meinung sind Donellus, Comm. iur. civ. lib. IX. cap. 16. Hertius l. c. §. 3. Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 161. Niegolewsky l. c. p. 26. Büchel, civilr. Erörter. Bd. 2, Anhang S. 283 flg. Schmid, Handbuch Bd. 2, S. 61 u. N. 11. Vgl. auch Rudorff a. a. O. S. 225 flg.

10) Z. B. Hofacker, princ. iur. Rom. hod. §. 1070. Thibaut, Pand. Syst. §. 772. Schilling, Lehrb. der Instit. Bd. 2, §. 181, N. n. Mackeldey, Lehrb. §. 300. Fritz in der 5. Aufl. von Wening-Ingenheim, Civilr. §. 161, N. 11. Sintenis, gem. Civilr. Bd. I, §. 56, S. 540. Vgl. dagegen besonders Büchel, civilr. Erört. Bd. 2, Anhang S. 283. Buchholtz a. a. O. S. 309 flg. Die Stellen, welche für die hier verworfene Meinung angeführt werden, sind zu deren Beweis ungenügend. In L. 13. pr. D. 8. 3. wird superficies nicht in der Bedeutung von superficiarischem Rechte, sondern ebenso wie in L. 3. D. 8. 1. und L. 20. D. 8. 2. in der Bedeutung gebraucht, daß es einen mit dem Grund und Boden in Verbindung stehenden Gegenstand bezeichnet, und in den beiden letzteren Stellen bedeutet es offenbar nur Gebäude. Gegen den von Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 298, N. 1, erhobenen Einwand, daß in der That nicht einzusehen sei, warum nicht auch das Recht, eine Baumschule, Waldung u. s. w. auf fremdem Grund und Boden zu haben, als Gegenstand des superficiarischen Rechtes sollte verliehen werden können, läßt sich mit Grund erinnern, daß, wenn die möglichen Gegenstände des superficiarischen Rechtes nach dem Begriffe der superficies im objectiven Sinne bestimmt werden sollten, man jeden über einer Erdfläche befindlichen Gegenstand, gleichviel ob er mit derselben in Verbindung steht oder nicht, als möglichen Gegenstand des superficiarischen Rechtes ansehen und nach L. 3. §. 5. fin. D. 43. 17. ein solches Recht selbst in dem Falle annehmen müßte, wo vielmehr nach ausdrücklichen Bestimmungen (L. 2. D. 8. 2.) nur eine Servitut vorliegt. Schmid, Hdbch. Bd. 2, §. 25, N. 11, S. 61.

11) L. 2. D. 43. 18.: superficiariae aedes. L. 39. §. 2. D. 39. 2. L. 12. §. 3. D. 6. 2. L. 1. §. 5. D. 43. 16.: insula superficiaria. L. 10. D. 10. 2.

reine Rechtssingularität, da bei ihr, gegen die Natur der Sache, ein dingliches Recht an dem mit fremdem Grund und Boden verbundenen Gebäude, als gleichsam selbstständiger Sache, eingeräumt ist und kann daher selbst wegen Gleichheit des Grundes nicht über die in den Gesetzen selbst zugelassenen Gegenstände hinaus ausgedehnt werden. Daneben ist auch bei einem Walde u. dergl. durchaus nicht das gleiche Verhältniß zu dem Grundstücke selbst vorhanden wie bei einem Gebäude. Die Verbindung, in welcher ein Gebäude mit einem Grundstücke steht, ist immer nur eine äußere, durch Kunst bewirkte, die Verbindung, in welcher ein Wald, eine Baumschule mit einem Grundstücke steht, ist dagegen eine innere, durch die Natur selbst bewirkte; sie ziehen ihre Lebenskraft aus dem Grundstücke selbst, während das Gebäude immer nur wieder von Außen, also durch Kunst erhalten werden kann. Es ist demnach ein Gebäude als selbstständiges, gleichsam von Grund und Boden getrenntes Object denkbar, nicht aber ein Wald oder eine Baumschule, und so muß auch die Superficies als selbstständiges dingliches Recht, nach dem Vorgange der Römer, nothwendig auf ein auf fremdem Grund und Boden errichtetes Gebäude beschränkt werden [12]). Das Gebäude muß aber ein solches sein, welches in einer festen Verbindung mit dem Grund und Boden, auf welchem es sich befindet, steht [13]).

II. Entstehung. Die Entstehung des superficiarischen Rechtes ist möglich 1) durch letztwillige Verfügung. Darin sind die Meinungen abweichend, wann in einem solchen Falle das superficiarische Recht erworben werde, indem Einige den Erwerb des superficiarischen Rechtes für den Legatar ipso iure nur dann annehmen, wenn dem Legatar kein solarium auferlegt ist [14]), Andere hingegen den Erwerb ipso iure ohne Unterschied stattfinden lassen [15]). Die Meinung der Ersteren stützt sich auf eine ähnliche bei der Emphyteuse aufgestellte, bei welcher der Erwerb des Legates ipso iure verneint wird, weil durch die Emphyteuse deren Inhaber nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet werde, und Niemand wider seinen Willen verpflichtet werden kann [16]). Diesen Grund kann man aber nicht für ausreichend erachten, weshalb man auf die wohlbegründete Ausführung an einem anderen Orte dieses Werkes sich bezieht [17]), umsoweniger als man auch den ipso iure stattfindenden Erwerb einer legirten Hypothek an einer eigenen Sache des Erblassers darum bezweifeln müßte, weil später der Hypothekengläubiger, sobald er infolge der hypothekarischen Klage den Besitz erlangt hat, dem

L. 16. §. 2. D. 13. 7.: praedium superficiarium. Vgl. auch L. 2. §. 17. D. 43. 8. L. 1. §. 4. D. 43. 17.

12) Büchel, civilr. Erört. Bd. 2, Anh. S. 283 flg.

13) Dies folgt aus L. 60. D. 41. 1. Gesterding a. a. O. S. 444 flg.

14) Buchholtz a. a. O. S. 313.

15) Schmid, Hdbch. Bd. 2, S. 62 flg.

16) Buchholtz a. a. O. Sintenis, Civilr. Bd. I, §. 55, N. 27.

17) Vgl. Arndts in dem Art. Emphyteuse Bd. III, S. 871 flg.

Schuldner ebenso verpflichtet ist, wie es der Faustpfandgläubiger vermöge des Pfandcontractes vom Anfange seines Besitzes an war. Am gewöhnlichsten ist die Bestellung des superficiarischen Rechtes 2) durch Vertrag und sie war die ursprüngliche und älteste Bestellungsart. Der Vertrag ist verschieden, je nachdem das den Gegenstand des Rechtes bildende Gebäude bereits errichtet ist oder nicht. Im letzteren Falle ist der Vertrag gewöhnlich ein dauernd eingegangener Miethvertrag, welcher den Miether berechtigt, auf dem Grundstücke des Vermiethers ein Gebäude zu errichten und nach den über das superficiarische Recht geltenden Grundsätzen zu besitzen [18]). Die Erfordernisse dieses Contractes sind die eines gewöhnlichen Miethcontractes, jedoch mit dem Unterschiede, daß derselbe entweder auf immer oder wenigstens auf eine so lange Zeit eingegangen werden muß, daß die Grenzen eines gewöhnlichen Miethverhältnisses dadurch überschritten werden. Es entscheidet darüber das richterliche Ermessen [19]). Das Versprechen der Zahlung eines jährlichen Grundzinses (solarium) ist dabei gewöhnlich [20]) und wenn auch dieser regelmäßig in Gelde bestand, so kann doch nicht bezweifelt werden, daß diese Leistung auch in anderen Sachen und Diensten bestehen könnte [21]). Der Miethcontract, durch welchen das superficiarische Recht begründet wird, ist seinem Inhalte und Zwecke nach von dem gewöhnlichen Miethcontracte darin unterschieden, daß letzterer nur die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses, ersterer die eines dinglichen Rechtes an dem Gegenstande des Vertrages bezweckt. Die Klage aus dem auf Begründung einer Superficies gehenden Miethcontracte ist die gewöhnliche actio locati und actio conducti. Die erstere geht auf Leistung des etwa verabredeten solarium und auf Erfüllung der übrigen in Gemäßheit des eingegangenen Vertrages obliegenden Verpflichtungen gegen den Superficiar; die letztere geht hauptsächlich auf Einräumung der Benutzung des Grundstückes durch Errichtung des Gebäudes, welches Gegenstand des Rechtes sein soll, gegen den Grundeigenthümer [22]). In dem ersten der oben gedachten Fälle, wenn das den Gegenstand der Superficies bildende Gebäude bereits vorhanden ist, kann der Vertrag, welcher die Begründung des superficiarischen Rechtes bezweckt, nicht blos ein Kauf sein, sondern auch jeder andere bei der Eigenthumsübertragung zur Bildung der iusta causa traditionis geeignete Contract [23]). Nothwendig ist aber dabei, daß das Eigenthum an Grund und Boden

---

18) L. 1. §. 3. L. 2. D. 43. 18.

19) L. 1. §. 3. D. 43. 18.

20) L. 15. D. 20. 4. L. 2. §. 17. D. 43. 8. Das solarium heißt auch pensio. L. 74. D. 6. 1.

21) Gesterding a. a. O. S. 445. Es tritt hier nämlich die Analogie des Miethcontractes ein.

22) L. 1. §. 1. D. 43. 18.

23) Der Kauf als zur Begründung der superficies geeignet, wird erwähnt in L. 1. §. 1. D. 43. 18.

und das infolge des Grundsatzes: accessio sequitur suum principale, dem Grundeigenthümer an dem Gebäude zustehende Eigenthum, soweit als es mit dem superficiarischen Rechte vereinigt werden kann, vorbehalten bleibe, d. h. es muß immer die Möglichkeit bleiben, daß dieses Eigenthum zu seiner natürlichen Unbeschränktheit zurückkehre. Die Frage, ob zur Begründung einer Superficies, zu deren Errichtung der Grundeigenthümer sich durch einen der bisher erwähnten Verträge verpflichtet hat, es noch der Tradition bedürfe oder nicht, ist verschieden zu beantworten, je nachdem das Gebäude, welches den Gegenstand des superficiarischen Rechtes bildet, bereits vorhanden ist oder von dem Erwerber der Superficies erst errichtet werden soll[24]). Im ersten Falle, wenn das Gebäude zur Zeit der Abschließung des Vertrages bereits existirt, bedarf es zum Erwerbe des superficiarischen Rechtes, wie bei dem Eigenthumserwerbe, der infolge des Vertrages eingetretenen Tradition des Gebäudes an den Erwerber schon aus dem einfachen Grunde, weil durch die Verträge, welche der Superficies zum Grunde liegen, nur ein persönliches Recht auf die Tradition des Gegenstandes begründet wird[25]). Im zweiten Falle, wenn zur Zeit der Abschließung des Vertrages das Gebäude noch nicht existirt, mithin dem Erwerber der Superficies zunächst nur das dingliche Recht, kraft dessen er das Grundstück durch Errichtung des superficiarischen Gebäudes zu benutzen befugt ist, verstattet wird, ist Tradition zum Erwerbe des superficiarischen Rechtes nicht nöthig[26]). Ob das superficiarische Recht durch Ersitzung entstehen

24) Dieser Unterschied wird gewöhnlich nicht gemacht, er ist aber in der Natur der Sache begründet.

25) Die Gesetze erwähnen nur die Möglichkeit der Tradition. L. 1. §. 7. D. 43. 18.

26) Dafür wird L. 1. §. 6. D. 43. 18. angeführt. Nach der Bemerkung von Büchel über iura in re S. 60 scheint Ulpian daraus, daß der Superficiar als selbstständiger Besitzer der Superficies behandelt und ihm demnach auch eine selbstständige, gleichsam auf Verfolgung der Superficies als selbstständiger Sache gerichtete Klage (quasi in rem actio) eingeräumt wurde, in der angezogenen Stelle zu folgern, daß auch gegen den Superficiar, weil dieser jetzt gleichsam als selbstständiger Besitzer der Superficies angesehen werde, dingliche Klagen angestellt werden könnten. Dabei bemerkt jedoch Büchel a. a. O. N. 1, vielleicht wolle Ulpian in der angeführten Stelle nur sagen, daß, sowie dem Superficiar, wenn er aus dem Besitze gekommen sei, eine dingliche Klage gegen jeden Dritten gegeben werde (in rem actio de superficie), so müsse ihm auch eine Klage gegen den Besteller der Superficies auf Einräumung derselben (in superficiem) gegeben werden; wo also das petitori auf den Superficiar sich beziehen und die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche zur Begründung der Superficies keine Tradition verlangen, bestätigt werden würde; soviel sei wenigstens gewiß, daß Ulpian hier von der Bestellung der Superficies handele, wie aus dem constitui posse und aus der Fassung der L. 1. §. 7. D. eod.: Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari posset erhelle. Schmid a. a. O. §. 26, N. 13 billigt diese letztere Erklärung unter der Voraussetzung, daß man die darnach in derselben enthaltene Bestimmung, daß die Tradition zur Bestellung des superficiarischen Rechtes nicht erforderlich sei, auf den Fall, wenn das superficiarische Gebäude noch nicht errichtet ist, beschränke. Unserem Erachten nach entscheidet diese

könne, ist sehr bestritten, ebenso wie bei der Emphyteuse[27]), obgleich sich die Praxis bei dieser wie bei jener für die Zulässigkeit der Ersitzung entschieden hat. In den Quellen findet sich nirgends ein Ausspruch über die Ausschließung der Ersitzung bei der Superficies[28]). Diese Ausschließung wird insbesondre darauf gestützt, daß es hier an dem erforderlichen Besitze fehle, indem der Superficiar, wie der Emphyteuta, nur einen wirklichen Besitz der Sache selbst, nicht aber einen Quasibesitz seines Rechtes habe und man doch nothwendig das, was man ersitzen wolle, auch besessen haben müsse. Dies hängt wieder mit der Streitfrage zusammen, ob der Superficiar, wie der Emphyteuta, eine possessio corporis oder eine iuris quasi possessio habe. Manche schließen zwar die gewöhnliche Ersitzung aus, lassen aber die außerordentliche Ersitzung zu[29]). Unserem Erachten nach dürfte die Zulassung der Ersitzung bei der Superficies keinem Bedenken unterliegen, weil das heutige Recht bei allen der römischen Emphyteuse und Superficies ähnlichen teutschrechtlichen Verhältnissen, den sog. Reallasten, Besitz zuläßt und mit der Möglichkeit des Besitzes auch die Möglichkeit der Ersitzung gegeben

---

Stelle darüber, ob es einer Tradition bedürfe oder nicht, nichts. Das petitori kann nur auf den Superficiar als Kläger bezogen werden, da unmittelbar vorher von der actio in rem de superficie die Rede ist, diese aber nur die dem Superficiar zustehende dingliche Klage sein kann, indem von der Vindication des Grundeigenthümers in L. 1. §. 4. D. eod. gehandelt wird. Daß aber dem Superficiar die dingliche Klage selbst gegen den Grundeigenthümer zusteht, folgt daraus, daß in L. 1. §. 4. D. eod. dem Superficiar gegen die Vindication des Grundeigenthümers eine exceptio verstattet wird, mit dem Beifügen: nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis constat. Die actio, von welcher in diesen Worten die Rede ist, kann aber nur die in rem actio des Superficiars sein, welcher in L. 1. §. 3. D. eod. gedacht wird. Nicht gesagt wird aber in L. 1. §. 6. D. eod., daß dem Superficiar die in rem actio selbst gegen den Grundeigenthümer ohne vorhergehende Tradition zustehe. Wenn es in der zuletzt angezogenen Stelle weiter heißt: et quasi usumfructum et usum eius (superficiei) esse et constitui posse, credendum est, so ist dieses nicht auf die Bestellung der superficies, sondern auf die des ususfructus oder usus daran von Seiten des Superficiars und die deshalb stattfindenden utiles actiones zu beziehen, gleichwie in L. 1. §. 9. D. eod. von der Zulässigkeit der Bestellung von Realservituten an dem superficiarischen Gebäude und den deshalb statthaften utiles actiones gehandelt wird.

27) Dagegen erklären sich Mackeldey, Lehrb. §. 302. Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. 2, §. 298, N. 18. Buchholtz a. a. O. S. 321. Büchel a. a. O. S. 68 u. Bd. 2, Anhang S. 284 flg. Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 56. Dafür Hertius l. c. §. 1. §. 9. sq. Gesterding a. a. O. S. 446. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. 1, §. 161. Schmid, Hdbch. Bd. 2, S. 67. Arndts, im Rechtslexikon Bd. III, S. 872 flg.

28) Der dafür angeführte Ausspruch in L. 26. D. 41. 3.: Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest, beweist nichts; denn dieser Satz bedeutet nur, daß das Eigenthum an einem Gebäude (superficies im objectiven Sinne) nur insofern ersessen werden könne, als zugleich der Grund und Boden, auf welchem es steht, Gegenstand der Ersitzung ist.

29) Vangerow, Leitfaden Bd. I, S. 731, 3. Aufl.

ist[30]). Bei dieser Erwerbsart der Superficies wird vorausgesetzt, daß das Gebäude, an welchem die Superficies erworben werden soll, schon bei dem Anfange der Ersitzung vorhanden war. Hat Jemand als Superficiar während der Ersitzungszeit ein Gebäude besessen, insbesondre während dieser Zeit einen Grundzins entrichtet, so wird für denselben das superficiarische Recht begründet, während das Eigenthum an dem Gebäude dem bisherigen Eigenthümer verbleibt. Die Bedingungen der Ersitzung sind nach denen der Eigenthumsersitzung zu beurtheilen. Es genügt daher die gewöhnliche Ersitzungszeit bei Immobilien und nur bei der Unerweislichkeit eines Titels bedarf es der außerordentlichen Ersitzung.

III. Rechtsverhältniß der Superficies. Ist die Superficies durch die eine oder andere der vorher erwähnten Erwerbsarten begründet, so hat der Superficiar daraus folgende Rechte: 1) Er hat das Recht des beliebigen Gebrauches des Gebäudes, ganz in derselben Weise, wie solches dem Eigenthümer zusteht, und darf selbst an der Substanz des Gebäudes Veränderungen vornehmen, gleichviel ob durch solche eine Verbesserung oder Verschlechterung des Gebäudes bewirkt wird. Man geht sogar so weit, ihm die Befugniß zur gänzlichen Abbrechung des Gebäudes zuzugestehen[31]). 2) Der Superficiar ist nicht auf den eigenen Gebrauch des Gebäudes beschränkt, sondern er kann den Gebrauch desselben, sei es ohne oder mit Vergütung dafür, an Andere überlassen, also namentlich es vermiethen. 3) Er darf das superficiarische Gebäude als solches und das ihm daran zustehende Recht beliebig unter den Lebenden sowohl als auf den Todesfall auf Andere übertragen[32]). Die Veräußerung der Superficies geschieht in derselben Weise wie die des Eigenthums. Unanwendbar bei Veräußerung der Superficies ist der bei der Emphyteuse geltende Satz, daß jede vorhabende Veräußerung dem Eigenthümer, und wenn diese durch Verkauf erfolgen soll, auch die von dem Käufer gemachten Anerbietungen anzuzeigen sind, und im letzteren Falle der Eigenthümer zwei Monate lang das Vorkaufsrecht hat[33]). Die Superficies wird auf die Erben des Superficiars vererbt, gleichviel ob solche durch das Gesetz oder durch Testament zur Erbfolge

---

30) Vgl. den Art. Reallasten Bd. IX, S. 113.

31) Gesterding a. a. O. S. 449. Schmid a. a. O. S. 68. Diese Befugniß dürfte jedoch billig bezweifelt werden, wenn man nicht zugleich eine Verbindlichkeit des Superficiars annimmt, das abgebrochene Gebäude wieder aufzuführen, indem der Grundeigenthümer nicht blos wegen des ihm zu entrichtenden solarium ein Recht darauf hat, sondern auch die Möglichkeit bleiben muß, daß er an dem superficiarischen Gebäude dereinst nach Aufhören des superficiarischen Rechtes das unbeschränkte Eigenthum wieder erhalte.

32) L. 1. §. 7. D. 43. 18. Diese Stelle wird von Manchen auch auf Begründung eines noch nicht vorhandenen superficiarischen Rechtes bezogen, z. B. Sintenis, Civilr. Bd. I, §. 56, N. 16.

33) Buchholz a. a. O. S. 316.

berufen sind[34]). Der Superficiar darf an dem superficiarischen Gebäude auch Servituten bestellen, sowohl persönliche, als Realservituten[35]), sowie er dasselbe auch verpfänden darf[36]). Diese Rechte stehen aber nur an dem superficiarischen Gebäude als solchem zu, dauern also nur so lange, als diese Eigenschaft desselben dauert, und erlöschen mit dem Rückfalle des Gebäudes an den Grundeigenthümer infolge des Aufhörens der Superficies[37]). Macht der Gläubiger, welchem das superficiarische Gebäude als solches verpfändet ist, von dem Vorkaufsrechte Gebrauch, so wird dadurch immer nur das superficiarische Recht, nicht aber das Eigenthum übertragen[38]). 4) Der Superficiar hat ferner das Recht, das superficiarische Gebäude zu besitzen und Andere von der Einwirkung auf dasselbe sowie von der Verfügung über dasselbe auszuschließen, ein Recht, welches nur durch die dem Eigenthümer zustehenden Rechte und nur soweit als diese begründet sind, und außerdem insofern beschränkt ist, als auch der Eigenthümer in der Ausschließung Anderer von der Einwirkung auf den Gegenstand des Eigenthums und von der Verfügung darüber beschränkt sein würde. Dem Superficiar stehen zur Geltendmachung dieses seines unter 4. erwähnten Rechtes dieselben Rechtsmittel zu, welche der Eigenthümer selbst zu gleichem Zwecke gebrauchen dürfte[39]). Insbesondre hat er, wenn er den Besitz des superficiarischen Gebäudes verloren hat, zum Zwecke der Forderung der Herausgabe desselben gegen jeden Besitzer, auch gegen den Eigenthümer selbst, wenn dieser besitzt, eine prätorische utilis in rem actio und quasi in rem actio[40]). Desgleichen hat er, wenn er im guten Glauben das superficiarische Gebäude von einem Nichteigenthümer erworben und später

34) L. 10. D. 10. 2. Vgl. L. 39. §. 5. D. 30.

35) Von den ersteren sprechen L. 1. §. 6. D. 43. 18. L. 1. pr. D. 7. 4., von den letzteren L. 1. §. 9. D. 43. 18. Man ist darüber meistens einverstanden. Vgl. die bei Schmid a. a. O. S. 70, N. 7 angeführten Schriftsteller. Buchholtz a. a. O. S. 316 beschränkt ohne Grund die Befugniß des Superficiars zur Bestellung der Servituten auf solche, wodurch das Gebäude nicht deteriorirt wird, indem eine Verbindlichkeit des Superficiars, das Gebäude nicht zu verschlechtern, überall nicht gesetzlich begründet ist. Auch spricht L. 1. §. 1. D. cit. ganz allgemein von der Berechtigung des Superficiars, Servituten aufzuerlegen, als von etwas ihm Erlaubten, ohne Unterschied, ob die Servitut das Gebäude deteriorirt oder nicht. Ebenso unbegründet ist die von Buri a. a. O. S. 583 flg. angenommene Beschränkung der Befugniß des Superficiars auf Personalservituten, indem er die L. 1. §. 9. D. cit. blos von dem Rechte desselben, Servituten für das Gebäude zu erwerben, verstehen will. Denn das constituere servitutem wird nicht blos von dem Erwerbe einer Servitut für eine Sache, sondern auch von der Bestellung einer solchen an einer Sache gesagt, wie L. 1. §. 6. D. 43. 19. L. 1. pr. D. 7. 4. beweisen.

36) L. 16. §. 2. D. 13. 7. L. 13. §. 3. D. 20. 1.

37) Dies gilt nach Analogie dessen, was L. 31. D. 20. 1. über das Pfandrecht an dem fundus vectigalis sagt. Büchel, über iura in re S. 124.

38) Büchel a. a. O. S. 125.

39) Büchel a. a. O. S. 67.

40) L. 1. §. 1. 3. 6. D. 43. 18. L. 73. §. 1. L. 74. 75. D. 6. 1.

den Besitz verloren hat, die Publicianische Klage[41]). Ferner hat er die negatorische Klage, das Recht, auf Bestellung der cautio damni infecti anzutragen[42]), das interdictum quod vi aut clam[43]) und die Befugniß zur operis novi nunciatio[44]). Zur Wiedererlangung des Besitzes hat er auch die gewöhnlichen interdicta recuperandae possessionis[45]); auch hat er zum Schutz gegen bloße Störungen des Besitzes das besondere interdictum de superficiebus[46]), welches ganz unter den Grundsätzen des interdictum uti possidetis steht[47]). Eine sehr bestrittene Frage ist die, ob der Besitz des Superficiar eine corporis possessio oder eine iuris quasi possessio sei[48]). Die Erörterung dieser Streitfrage liegt außerhalb der Grenzen dieses Artikels und ist für die Praxis ohne Bedeutung, da die praktischen Sätze feststehen[49]). 5) Der Superficiar darf die mit

---

41) L. 12. §. 3. D. 6. 2.

42) L. 13. §. 8. L. 39. §. 2. D. 39. 2.

43) L. 11. §. 14. D. 43. 24.

44) L. 13. §. 3. D. 39. 1. Dagegen kann der Superficiar keine actio aquae pluviae arcendae anstellen, weil diese ein praedium rusticum voraussetzt, die Superficies aber nur an einem Gebäude zusteht. L. 1. §. 17. 19. D. 39. 3. Buchholtz a. a. O. S. 311.

45) So das interdictum de vi. L. 1. §. 5. D. 43. 16.

46) Dig. 43. 18. Die Benennung des Interdictes ist nach der Rubrik dieses Pandektentitels gewählt und ist auch wohl die bei den Römern allgemein übliche. Fritz, Erläut. zu Wening-Ingenheim Bd. 2, S. 406, bemerkt zwar, daß dieses Interdict nach den in L. 1. pr. D. h. t. mitgetheilten Worten des Edictes auch passend interdictum „uti superficie fruemini" genannt werden könnte; indessen ist zu bezweifeln, daß dieser Ausdruck je bei den Römern gebraucht worden ist, da die Rubriken der Titel des 43. Buches der Pandekten regelmäßig auch die Namen der Interdicte enthalten.

47) L. 1. §. 2. D. 43. 18. Ueber das interdictum de superficiebus vgl. den Art. Interdicte Bd. V, S. 574 flg.

48) Eine iuris quasi possessio nimmt an Savigny, Recht des Besitzes S. 331 flg., dem Andere folgen, namentlich Puchta im Artikel Besitz Bd. II, S. 69. Eine corporis possessio nehmen an Duroi, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VI, S. 396. Huschke, in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. II, S. 354. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, S. 246. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 244 flg. Buchholtz, Versuche Nr. VIII, S. 83 flg. und jurist. Abhandl. S. 321. Büchel, über iura in re S. 65 flg. Der Zweifel ist hauptsächlich dadurch entstanden, daß der Grundeigenthümer das interdictum uti possidetis, selbst gegen den Superficiar, behält, also auch Besitz, und der Superficiar daneben aber doch in seinem unmittelbaren Verhältnisse zum Gebäude und zwar auf den Grund des Miethcontractes geschützt wird, als wäre er im selbstständigen Besitze desselben, auch das besondere interdictum de superficiebus zum Schutze seines Besitzes selbst gegen den Grundeigenthümer erhält (L. 3. §. 7. D. 43. 17. L. 1. D. 43. 18.) und wenn man bei dem Superficiar Besitz annehmen wollte, dies gegen die Regel, daß Mehrere in solidum nicht besitzen können, verstoßen würde. Dazu kommt, daß, wo dem Superficiar Besitz zugeschrieben wird, der Beisatz iuris oder quasi nicht vorkommt. L. 13. §. 3. D. 20. 1. L. 1. §. 1. D. 43. 18.

49) Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 56, N. 12, dem wir übrigens ganz darin beistimmen, daß die Sache nicht ganz aufzuklären sei, weil das ganze Verhältniß ein anomales ist.

dem superficiarischen Gebäude verbundenen Rechte, namentlich die demselben zustehenden Servitutrechte ausüben und mittelst der geeigneten Rechtsmittel verfolgen. Auch kann er für das superficiarische Gebäude als solches Servituten erwerben; sie erlöschen aber, wenn nicht der Superficiar sie als Vertreter des Eigenthümers für diesen erworben hat, mit dem Erlöschen der Superficies und dem Aufhören des superficiarischen Gebäudes als solchen. 6) Dem Superficiar steht auch gegen diejenigen, mit welchen er in einer Gemeinschaft des superficiarischen Rechtes steht, behufs der Aufhebung dieser Gemeinschaft die actio communi dividundo oder die actio familiae erciscundae zu, ungeachtet eine Theilung des Gebäudes zur Auseinandersetzung der Betheiligten nicht möglich ist[50]; dagegen kann der Superficiar die actio finium regundorum nicht anstellen, weil diese ein praedium rusticum voraussetzt, aber nur ein Gebäude Gegenstand der Superficies sein kann[51]. Der Superficiar hat an dem Grund und Boden, auf welchem das superficiarische Gebäude steht, ein dingliches Recht, welches ihn berechtigt, auf demselben ein Gebäude mit superficiarischem Rechte zu haben, also auch ein solches, wenn es zu der Zeit, wo das Recht bestellt wurde, noch nicht existirte, zu errichten und, wenn es später zerstört wurde, wieder herzustellen und zu erbauen. — Die Verpflichtungen des Superficiars sind dagegen folgende: 1) er hat zur bestimmten Zeit an den Grundeigenthümer den Grundzins, das solarium, oder die sonstige Leistung, zu welcher er sich verpflichtet hat, zu entrichten[52], und mehrere, welchen ein superficiarisches Recht an demselben Gebäude zusteht, haften solidarisch[53]. Eine Ausnahme von der Verpflichtung, das solarium zu entrichten, tritt natürlich dann ein, wenn das superficiarische Recht schenkungsweise eingeräumt worden ist. 2) Dem Superficiar liegt die Pflicht ob, die ordentlichen und außerordentlichen Lasten und Abgaben des superficiarischen Gebäudes zu tragen[54]. Der Grundeigenthümer, welchem zugleich das Eigenthum an dem superficiarischen Gebäude zusteht, ist in der Ausübung seines Eigenthums in dem Umfange beschränkt, in welchem das superficiarische Recht besteht. Es gehört ihm also namentlich der in dem superficiarischen Gebäude oder in dem unter demselben befindlichen Grund und Boden gefundene Schatz vermöge des Rechtes der Accession, soweit nicht der Finder Anspruch darauf zu machen berechtigt ist; der Superficiar als solcher hat auf den Schatz keinen Anspruch,

50) L. 9. 10. D. 10. 2. L. 1. §. 8. D. 43. 18.

51) L. 2. pr. L. 4. §. 10. D. 10. 1. Buchholtz a. a. O. S. 311.

52) L. 15. D. 20. 4. L. 2. §. 17. D. 43. 8. L. 71 D. 6 1.

53) Es ist dies nach dem, was bei dem fundus vectigalis geordnet ist, anzunehmen. L. 7. pr. D. 10. 3.

54) Es folgt dies aus dem, was bei dem Usufructus als Verbindlichkeit des Usufructuars ausgesprochen ist. L. 7. § 2. L. 27. § 3. L. 52. D. 7. 1. Gesterding a. a. O. S. 451. Schmid a. a. O. S. 76, N. 34. Dies kann mit um so größerem Rechte auf den Superficiar angewendet werden, als das Recht des Superficiars weit umfassender ist, als das des Usufructuars.

außer insofern ihm als Finder ein solcher zusteht. Die von dem superficiarischen Rechte nicht berührten Eigenthumsrechte des Grundeigenthümers bleiben unbeschränkt wirksam. Daher darf insbesondre der Grundeigenthümer das ihm zustehende Eigenthum unbeschränkt auf Andere übertragen. Er hat als juristischer Besitzer die possessorischen, als Eigenthümer die petitorischen Rechtsmittel; nur sind dieselben gegen den Superficiar ohne Wirkung[55]). Erlischt das superficiarische Recht, so wird das dadurch beschränkt gewesene Recht des Grundeigenthümers wieder unbeschränkt.

IV. Aufhebung der Superficies. Die bei dinglichen Rechten an fremden Sachen überhaupt eintretenden Aufhebungsgründe sind auch auf die Superficies anwendbar. Es erlischt also die Superficies 1) durch Consolidation[56]); 2) durch Aufhören des Rechtes des die Superficies bestellenden Grundeigenthümers, wenn dieser ein von Anfang an widerrufliches Recht hatte; 3) durch Eintritt des Endtermines oder der Resolutivbedingung, wodurch die Dauer des superficiarischen Rechtes begrenzt wurde; 4) der gänzliche Untergang des Grundstückes, auf welchem das superficiarische Gebäude stand, hebt natürlich das superficiarische Rechtsverhältniß gänzlich auf; ein blos theilweiser Untergang desselben befreit den Superficiar nicht von der vollständigen Entrichtung des solarium oder der sonst verabredeten Leistungen[57]). Die Zerstörung des superficiarischen Gebäudes allein hebt das superficiarische Recht nicht auf, indem dasselbe zwar wegen des Mangels eines Gegenstandes einstweilen nicht ausgeübt werden kann, während das in der Superficies gleichfalls enthaltene dingliche Benutzungsrecht des Grundes und Bodens, kraft dessen der Berechtigte den Grund und Boden durch ein superficiarisches Gebäude zu benutzen ein Recht hat, fortdauert und die Möglichkeit gewährt, daß das superficiarische Recht wieder vollständig in Kraft trete, wenn das superficiarische Gebäude von neuem aufgebaut wird[58]).

---

55) L. 3. §. 7. D. 43. 17. L. 1. §. 4. D. 43. 18.

56) L. 86. §. 4. D. 30. Bemerkenswerth ist in dieser Stelle, daß das superficiarische Recht im Verhältniß zum Grundeigenthümer hier ausdrücklich servitus genannt wird (ut hac servitute liberetur).

57) Es ist dies nach Analogie der bei der Emphyteuse geltenden Bestimmungen anzunehmen. Vgl. §. 3. Inst. III. 25. L. 1. fin. C. IV. 66.

58) Gesterding a. a. O. S. 451 flg. Andere (vgl. Donell. Comm. iur. civ. Lib. IX. cap. 16.) nehmen im Falle der Zerstörung des Gebäudes vollständigen und immerwährenden Untergang des superficiarischen Rechtes an und versagen dem Superficiar das Recht der Wiederherstellung des Gebäudes. Diese Meinung verdient aber keine Billigung. Ist der Platz vom Grundeigenthümer nur auf eine bestimmte Zeit hingegeben worden, so hört natürlich das superficiarische Recht mit Ablauf dieser Zeit, nicht aber mit der Zerstörung des Gebäudes auf. Ist aber die Verleihung des Platzes dem Superficiar für immer zur Benutzung durch ein Gebäude, sei es gegen Vergütung oder unentgeltlich, geschehen, so ist nicht einzusehen, warum das superficiarische Recht deshalb aufhören solle, weil es mit der Zerstörung des Gebäudes einstweilen an einem Gegenstande seiner Ausübung fehlt. Es ist ja nur zum Vortheil des Grundherrn,

5) Das Aufgeben des ihm zustehenden Rechtes von Seiten des Superficiars, namentlich die Dereliction des superficiarischen Gebäudes, hat auch die Aufhebung der Superficies zur Folge, was schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Aufhebung der Reallasten durch Dereliction des Grundstückes, an deren Besitz sie geknüpft sind, nicht mit Grund zu bezweifeln ist[59]. 6) Im Wege der Verjährung ist die Aufhebung der Superficies auf verschiedene Weise möglich. Zunächst kann der Superficiar selbst unter der Voraussetzung des Daseins der gewöhnlichen Erfordernisse der Eigenthumsersitzung, das Eigenthum an dem Grund und Boden, auf welchem das Gebäude steht, und an diesem selbst, ersitzen, wodurch natürlich die Superficies erlischt[60]. Dann kann auch die Superficies dadurch erlöschen, daß ein Dritter das Eigenthum

---

wenn an der Stelle des zerstörten Gebäudes ein neues vom Superficiar errichtet wird. Die Stelle, welche für die entgegengesetzte Ansicht angezogen wird, L. 39. §. 2. D. 39. 2. kann dieselbe nicht begründen. Davon, daß der Superficiar nicht das Recht haben solle, das zerstörte Gebäude wiederherzustellen, ist dort mit keinem Worte die Rede; sondern es ist dort nur gesagt, daß bei einer solchen Veränderung des Grundes und Bodens, welche die Errichtung eines Gebäudes auf demselben unmöglich macht, die Superficies und damit auch die Verpflichtung des Superficiars zur Entrichtung des Grundzinses erlischt. Keineswegs kann aber mit Gesterding a. a. O. aus dieser Stelle abgeleitet werden, daß der Grundzins bei einer Zerstörung des Gebäudes allein bis zur Wiederherstellung nicht gefordert werden könne und wenn der Superficiar das Gebäude nicht wieder aufbaue, wozu er nicht verbunden sei, ganz in Wegfall komme; denn der Grundzins wird für die Befugniß zur Benutzung des fremden Grundes und Bodens entrichtet (L. 2. §. 17. D. 43. 8.) und die Nichtausübung des dem Superficiar zustehenden Benutzungsrechtes kann, da jenes Recht so lange fortbesteht, als es nicht ganz aufgegeben wird, von der Zahlung des Grundzinses nicht befreien. Schmid, Hdbch. Bd. 2, §. 28, N. 5.

59) Vgl. den Art. Reallasten Bd. IX, S. 88. Viele lassen ebenso, wie bei der Emphyteuse, keine Dereliction zu (Gesterding a. a. O. S. 434. Buchholtz a. a. O. S. 313. Thibaut, Pand. Syst. Bd. 2, §. 780. Sintenis, Civilr. Bd. 1, §. 55, N. 31. §. 56, N. 17), weil beide Verhältnisse nicht blos Rechte, sondern auch Pflichten für den Superficiar und Emphyteuta begründeten; für den Superficiar nehmen Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. 1, §. 161, Buchholtz u. Thibaut a. a. O. die Befugniß zur Dereliction nur dann an, wenn ihm nicht die Pflicht zur Bezahlung eines Grundzinses obliegt.

60) Wening-Ingenheim a. a. O. Schmid a. a. O. Dagegen leugnen Manche, wie Gesterding a. a. O. S. 451, die Möglichkeit der Ersitzung von Seiten des Superficiars, sowie sie auch solche von Seiten des Emphyteuta für unmöglich halten, weil beide das Grundstück nicht mit der Absicht des Eigenthums besitzen und, wenn sie diesen animus fassen, es ihnen an der erforderlichen bona fides fehlen, auch ihre Erben ihnen in die Fehler ihres Besitzes nachfolgen würden. So richtig im allgemeinen diese Gründe sind, so ist doch immer eine Eigenthumsersitzung aus einem putativen Titel nach den von diesem geltenden Regeln sowie aus einem wahren, aber mit dem, welchen der Superficiar für den Grundeigenthümer hält, abgeschlossenen, zur Begründung des Usucapionsbesitzes geeigneten Rechtsgeschäfte möglich. Vgl. Arndts in dem Art. Emphyteuse Bd. III, S. 879. Schmid, Hdbch. Bd. 1, §. 24, N. 11. Sintenis, Civilr. Bd. 1, §. 55 u. N. 34. §. 56, N. 17.

an Grund und Boden und an dem Gebäude selbst durch Eigenthumsersitzung erwirbt, und der bisherige Superficiar entweder infolge des Geschäftes, wodurch er als vermeintlicher Eigenthümer das Grundstück auf den Ersitzenden übertrug oder infolge der Nichtausübung des dem Ersitzenden unbekannten superficiarischen Rechtes während der Ersitzungszeit das unbeschränkte Eigenthum des Ersitzenden anerkennen muß. 7) Ein Privationsrecht von Seiten des Grundeigenthümers ist nur in dem Falle anzunehmen, wenn der Superficiar zwei auf einander folgende Jahre mit dem Grundzins in Rückstand verblieben ist[61]). Eine vorgängige Mahnung des Superficiars zur Entrichtung des Grundzinses kann nicht verlangt werden; vielmehr ist das Privationsrecht des Grundeigenthümers schon dann begründet, wenn der Grundzins zu der bestimmten Zahlungszeit während der gedachten Zeit nicht bezahlt worden ist[62]).

Die Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über die Superficies in Teutschland kann nicht bezweifelt werden. Denn obgleich schon bei den Römern die Superficies eine Rechtssingularität war, so war sie doch ein bei denselben häufig vorkommendes Institut, wie schon daraus hervorgeht, daß der Prätor für nöthig fand, dem Superficiar eine eigene in rem actio und ein besonderes Interdict zu verstatten. Bei der An-

---

61) Dieses Privationsrecht ist, wenn die Superficies auf einem Miethcontracte beruht, schon nach den Grundsätzen vom Miethcontracte begründet. L. 54. §. 1. L. 56. D. 19. 2. Die hierher ebenfalls gezogene Novelle 120, Cap. 8 bezieht sich nur auf Pachtungen und Miethen von Kirchengütern. Aber auch außer dem Falle der Begründung der Superficies durch einen Miethcontract wird dieses Privationsrecht wegen Nichtentrichtung des Grundzinses angenommen werden müssen, da die Entrichtung desselben die nothwendige Voraussetzung bildet, unter welcher allein der Superficiar zur Ausübung seines Rechtes befugt ist. Daher wird auch L. 15. D. 4. 20., worin die Verpfändung des superficiarischen Gebäudes für zulässig erklärt wird, ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium, mit Recht so verstanden, daß darin ein dem Grundeigenthümer wegen Nichtentrichtung des Grundzinses zustehendes Privationsrecht anerkannt und vorausgesetzt wird; Donell. comm. iur. civ. Lib. IX. cap. 18. und andere bei Schmid a. a. O. N. 14 angeführte Schriftsteller. Von einem Pfandrechte des Grundherrn wegen des Grundzinses, auf dessen Grund er dem vom Superficiar bestellten Pfandrechte vorginge, ist ebensowenig darin die Rede, als von dem Vorzuge einer demselben gegen den Superficiar zustehenden persönlichen Forderung vor dem vom Superficiar bestellten Pfandrechte. Denn wenn auch mit der Forderung des Grundzinses ein privilegium exigendi verbunden wäre, wie es doch nicht ist, so würde doch nach den Grundsätzen des römischen Concursverfahrens, wo die Pfandgläubiger sich auf eigene Hand aus den Pfändern befriedigen, der Grundeigenthümer immer nur auf das Anspruch haben, was nach Befriedigung des Pfandgläubigers, welchem der Superficiar ein Pfandrecht eingeräumt hat, übrig bleibt.

62) Dies folgt theils daraus, daß bei dem Miethcontracte zur Austreibung des Miethmannes blos zweijährige Nichtentrichtung des Miethzinses ohne vorgängige Mahnung genügt. L. 54. §. 1. L. 56. D. 19. 2. cap. 3. X. III. 18., theils daraus, daß auch L. 15. D. 20. 4. vorgängige Mahnung nicht verlangt, theils entscheidet dafür die Analogie der Emphyteuse. L. 2. C. IV. 66.

nahme des römischen Rechtes im ganzen ist die Möglichkeit des Vorkommens des superficiarischen Rechtes in Teutschland nicht zu leugnen; es werden aber deshalb doch nicht ähnliche vorkommende Verhältnisse ohne weiteres nach den Grundsätzen von der Superficies beurtheilt werden dürfen, so wenig wie Erbzinsverhältnisse nach den Grundsätzen von der Emphyteuse. Denn in Teutschland kamen schon vor der Aufnahme des römischen Rechtes ähnliche Verhältnisse vor und diese haben eine eigenthümliche von dem römischen Rechte unabhängige Entwickelung genommen, welche in den einzelnen teutschen Territorien eine sehr verschiedene ist. Die Grundsätze über die Superficies werden nur dann anwendbar sein, wenn der Contract ausdrücklich auf Begründung des superficiarischen Rechtes gerichtet ist.

Heimbach sen.

Tausch [1]) (permutatio) ist im allgemeinen der Wechsel von Leistungen, bezüglich von Vermögensstücken zweier Personen, so daß jedes das Aequivalent des anderen ist; unter Tauschverträgen im weiteren Sinne sind also alle diejenigen zu verstehen, vermöge welcher eine gegenseitige Verpflichtung dazu eingegangen wird. So mannigfach die Gegenstände der Obligationen sein können, so vielfach ist auch der Inhalt der Tauschgeschäfte, und der Tausch selbst ist die Grundlage der meisten eigentlichen gegenseitigen Rechtsgeschäfte. Die dem Begriffe des Tausches sowie dem der Schenkung von Manchen aus blos methodisch-systematischen Gründen gegebene so weite Ausdehnung, daß dann beinahe alle Verträge überhaupt theils als Tauschverträge, theils als Schenkungsverträge betrachtet worden sind [2]), ist, abgesehen von den Mißverständnissen, welche hieraus entspringen müssen, auch unfruchtbar für das System. Denn wenn auch der der Ausdehnung der Tauschverträge zu Grunde liegende allgemeine Gedanke richtig sein mag, so kann ihm doch im Systeme kein anderer Einfluß zugestanden werden, als nur zu dem Zwecke, um den Tauschvertrag im engeren und eigentlichen Sinne, wo er als besondere Art neben anderen Verträgen hervortritt, darin bestimmter von den Tauschverträgen im allgemeinen zu unterscheiden, wo er mit diesen nach seinem wesentlichen Bestande zusammentrifft. Von Manchen wird umgekehrt der Tauschvertrag einzig in Anwendung auf Sachen dargestellt und höchstens daneben bemerkt, daß auch andere Rechtsobjecte Gegenstand desselben sein können [3]), was auch nicht richtig

---

1) Quellen der Lehre sind: Dig. Lib. XIX. Tit. 4. de rerum permutatione. Cod. Lib. IV. Tit. 64. de rerum permutatione et praescriptis verbis. Literatur: Glück, Erl. der Pandekten Bd. 18, S. 112—128. Unterholzner, von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 300—302. Sintenis, gem. prakt. Civilrecht §. 115, Bd. 2, S. 590—593. Koch, gem. u. preuß. Obligationenrecht Bd. 3, S. 682 flg. Wir folgen hauptsächlich Sintenis.

2) Dies ist namentlich von Gans, Syst. des röm. Civilrechtes S. 66 flg., 72 flg. geschehen. Siehe dagegen Sintenis a. a. O. N. 2, S. 590 flg.

3) Z. B. von Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes §. 407 und Anm. 3. Es ist dies auch die Auffassung der meisten älteren Juristen.

ist. Nachdem sich einzelne Arten der auf beiderseitige Leistungen gerichteten Verträge bestimmter ausgebildet haben, haben sich besondere Begriffe derselben und besondere Merkmale derselben je nach dem Inhalte der gegenseitigen auszutauschenden Leistungen festgestellt, wie z. B. Geld gegen Sachen (Kauf), Geld gegen den auf eine Zeit lang zu überlassenden Gebrauch einer Sache oder gegen Leistung von Diensten (Miethe), worin die allgemeinen Grundzüge der Tauschverträge aufgegangen sind. Nur insoweit dies nicht geschehen ist, haben die Tauschverträge ihre ursprüngliche Eigenthümlichkeit behalten. Dies ist kurz überall der Fall, wo der Begriff des Preises für keine der gegenseitigen Leistungen ausschließlich beansprucht werden kann, sondern er für jede paßt[4]). Das Verhältniß des reinen römischen Rechtes zum heutigen in Ansehung des Tauschens ist folgendes[5]). Der Tauschvertrag im weiteren Sinne ist bei den Römern ein besonderes Geschäft nur in der Form der Innominatcontracte und umfaßt alle Innominatcontracte[6]). Das Wesen des Tausches stellt sich aber auch für andere Geschäfte in der Gestalt der causa derselben dar. Im besonderen wird der im Kaufe liegende Austausch ausdrücklich in dem Rechtssprüchworte anerkannt: per permutationem rerum emtionem et venditionem contrahi[7]). Die Sabinianer vermischten deshalb beide Institute, indem sie den Tausch nur für eine Art des Kaufes und zwar für die älteste Art desselben hielten[8]); die Proculianer hingegen hielten die Unterscheidung beider für nothwendig, und diese Meinung wurde später die überwiegende und wurde auch von Justinian ausdrücklich gebilligt[9]). Dieses an sich unleugbare, in den Innominatcontracten enthaltene allgemeine obligirende Element, was eben in dem Austausche von Leistungen besteht, ist jedoch im römischen Rechte aus formellen und processualischen Gründen nicht in dieser Weise, und namentlich also das in ihnen wirklich enthaltene Gegenseitige nicht als normale Grundform der gegenseitigen Verträge aufgestellt worden, sondern es ist hier das Institut der benannten Contracte vor jenen geltend geworden, namentlich der Kauf, und erst später haben die Innominatcontracte als diesem und anderen gegenseitigen Verträgen analog Anerkennung erhalten[10]). In Teutschland sind in der Anwendung des römischen Rechtes die Innominatcontracte den römischen Consensualcontracten gleich geworden, indem der Grundsatz weggefallen ist,

---

4) L. 1. D. 19. 4.

5) Vgl. Sintenis a. a. O. N. 3, S. 591 flg.

6) L. 5. §. 1. D. 19. 5. L. 1. §. 2. D. 19. 4. L. 3. C. IV. 64.

7) Es wird mitgetheilt von Gai. Inst. Comm. II. §. 141. §. 2. Inst. III. 24.

8) Der Tausch vertrat auch ursprünglich, so lange es noch kein Geld gab, den Kauf. L. 1. pr. D. 18. 1.

9) §. 2. Inst. III. 24. Vgl. auch L. 1. pr. D. 19. 4. L. 5. §. 1. D. 19. 5. L. 7. C. IV. 64.

10) L. 1. pr. D. 19. 3. L. 2. D. 19. 4. L. 5. 6. 13. §. 1. L. 16. pr. D. 19. 5.

daß, abgesehen von den letzteren, bei welchen schon der bloße consensus die Klagbarkeit begründet, zur Klagbarkeit eines auf gegenseitige Leistungen gerichteten Vertrages dessen Erfüllung von der einen Seite erforderlich sei, um die Leistungen des anderen Contrahenten fordern zu können. Es kann demnach gefragt werden, ob in der Reihe der einzelnen Arten der gegenseitigen Obligationen der Tauschverträge im besonderen Erwähnung zu thun sei. Dafür entscheiden aber folgende Momente. Schon im römischen Rechte ist wenigstens die rerum permutatio ein benannter Contract, wenn sie auch die Natur der unbenannten und dieselbe Klage mit diesen hat. Es müssen ferner die besonderen für den Tausch in dieser engsten Bedeutung geltenden Regeln unverändert fortgelten, welche nicht in den römischen processualischen Verhältnissen ihren Grund haben, und es kann deshalb, weil der Tausch jetzt wie ein Consensualcontract erscheint, nicht etwa der Tausch von Sachen schlechthin dem Kaufe gleichgestellt werden und man kann das, was diesem als ius singulare eigenthümlich war, nicht auf jenen übertragen. Es ist mithin für diese Anwendung des Tauschvertrages dessen Darstellung als eines besonderen Contractes nothwendig. Da sich endlich derselbe von den übrigen Anwendungen, soweit deren zu gedenken ist, nicht trennen läßt, und der im römischen Rechte durch processualische Einflüsse gebundene allgemeine Charakter des Tausches als Grundlage aller gegenseitigen Verträge im heutigen Rechte vollständig hervortritt, so ist in Bezug auf diesen allgemeinen Charakter der Tausch aus systematischen Gründen sogar an die Spitze der gegenseitigen Verträge zu stellen, indem sich die übrigen besonderen Formen desselben nur als dessen weitere Ausbildung darstellen [11]. Die Tauschverträge im weiteren Sinne, soweit sie nicht in besonders benannte und besonders charakterisirte gegenseitige Verträge übergegangen sind, werden heutzutage durch Uebereinstimmung der Contrahenten perfect und die beiderseitigen Verpflichtungen daraus regeln sich nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze von gegenseitigen Verträgen und dann nach den besonderen Bestimmungen und Verabredungen der Contrahenten im concreten Falle. Nur wenn der Inhalt des Tausches von einer oder von beiden Seiten her aus Sachen besteht, mithin ein Tausch in dem eigentlichsten und engsten Sinne, in welchem er im gemeinen Leben genommen wird, vorliegt, gelten für die Obligation dazu gewisse besondere Regeln, welche, während diese Obligation, wegen der nahen Verwandtschaft des Tausches in diesem Falle mit dem Kaufe von Sachen, der Obligation aus dem

---

11) Diesen Platz hat er bei Sintenis im Systeme. Unterholzner weist dem Tausche seinen Platz unter dem dem Kaufe verwandten Verkehr an, neben der Anschaffung ohne Bestimmung des Preises, der Verschaffung eines Rechtes gegen eine bestimmte Geldsumme, neben der datio in solutum, Ueberlassung abgeschätzter Sachen, Spiel und Wette, welche Geschäfte er alle mit dem Kaufe unter der Rubrik der Schuldverhältnisse zum Zwecke des Veräußerungsverkehres zusammenstellt.

Kaufe im ganzen analog zu beurtheilen ist[12]), dieselbe gerade in den Unterscheidungspunkten näher charakterisiren. Zur Unterscheidung dieses Tauschcontractes von dem Kaufe bedarf es zuvörderst noch der Bemerkung, daß dieser Tauschcontract bei geschehenem Austausch von Sachen gegen einander nicht immer mit allen seinen rechtlichen Folgen angenommen werden muß, sondern daß auch von beiden Seiten die ursprüngliche Absicht dazu erforderlich ist, tauschen und nicht verkaufen zu wollen. Wenn daher Jemand eine Sache feil zum Verkaufe hat und ihm ein Anderer dafür eine Sache bietet, so ist, wenn beide Theile einig geworden sind, in diesem Geschäfte ein Kauf, kein Tausch, enthalten, wenn auch die letztere Sache nicht zu einem gewissen Preise veranschlagt worden ist; denn es ist hier für die erstere Sache der Begriff der Waare (merx), für die letztere der Begriff des Kaufpreises (pretium) erkennbar[13]). Ebenso bleibt das Geschäft ein Kauf und wird kein Tausch, wenn man bei dem Kaufe über den Preis einig geworden ist und später anstatt desselben eine Sache gegeben hat[14]). Die eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Tausches sind folgende: 1) die Verbindlichkeit beider Contrahenten geht hier darauf, daß jeder an der Sache, welche er tauschweise überträgt, Eigenthum auf den Empfänger übertrage und der Empfänger solches erhalte; die Verbindlichkeit aus dem Contracte ist also nur dann erst erfüllt, wenn der Empfänger auch wirklich das Eigenthum erhält und es ist nicht zur Erfüllung der Obligation, wie bei dem Kaufe, hinreichend, daß der Geber für die Eviction, also dafür haftet, daß kein Dritter die Sache dem Empfänger wieder abfordere[15]). Diese Nothwendigkeit der Uebertragung des Eigenthums

---

12) L 2 D. 19. 4. L. 2. C. IV. 64. Namentlich tritt bei dem Tausche, wie bei dem Kaufe, dieselbe Verpflichtung, für Eviction oder Mängel der zu gewährenden Eigenschaften der getauschten Sachen zu haften, ein. L. 1. §. 1. L. 2. D. 19. 4. L. 19. §. 3. D. 21. 1. L. 29. C. de evictionibus (VIII. 44. (45.)) Im römischen Rechte konnte aber der Verletzte, statt daß er auf das Interesse klagte, auch electiv mit der condictio ob causam datorum auf Rückgabe der eigenen schon hingegebenen Sachen klagen, was jetzt wegfällt. Ebenso hat die Praxis die Grundsätze wegen übermäßiger Verletzung auch auf den Tausch angewendet; auch liegt dagegen in der Theorie kein Bedenken vor, da, sowie bei dem Kaufe, es die bona fides erfordert, daß der Kaufpreis ein pretium iustum sei und sich nicht der eine Contrahent zum Schaden des anderen mit dem wahren Werthe der Sache unbekannten Contrahenten bereichere, dasselbe auch bei dem Tausche nicht minder anwendbar erscheint. Die L. 2. C. IV. 44. ist nämlich kein neues correctorisches Gesetz, sondern spricht nur aus, was die bona fides bei bonae fidei contractus ohnehin mit sich bringt. Die analoge Anwendung auf andere bonae fidei negotia, wofür heutzutage alle Contracte gelten, unterliegt also keinem Bedenken. Vgl. Glück, Erl. d. Pand. Bd. 17, S. 120 flg. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes §. 407 a. E. Unterholzner a. a. O. S. 304, Nr. 4. Sintenis a. a. O. N. 5, S. 592.

13) L. 2 C. IV. 64. Siehe Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 1, S. 464 flg.

14) L. 21. §. 4. D. 19. 1. L. 9. C. IV. 44.

15) L. 1. pr. §. 3. D. 19. 4. L. 28. D. 18. 1.

bei dem Tausche hängt zwar mit dem Begriffe des dare bei den Innominatcontracten zusammen; sie steht aber bei den Römern in unmittelbarer Verbindung mit dem Begriffe des Tausches (rerum permutatio), und dieser Begriff kann durch die Aufhebung der den Innominatcontracten eigenthümlichen Wirkungen und processualischen Möglichkeiten nicht als nothwendig geändert angesehen werden; es kann vielmehr die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, wenn der Tauschcontrahent, welcher eine Sache weggiebt, selbst das Eigenthum hat oder es zu haben glaubt, nicht zweifelhaft sein, sobald keine ausdrücklichen Bedingungen beigefügt sind; es ist daher diese Absicht ebenso heutzutage, wie bei den Römern, als dem Tausche vermöge seines Begriffes eigenthümlich anzusehen. 2) Der Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger erfolgt sofort mit Uebergabe der Sache, ohne daß derselbe von der Gegenleistung desselben abhängt; anders ist es bei dem Kaufe, wo es erst mit Bezahlung des Kaufpreises, wenn der Verkäufer es hatte, auf den Käufer übergeht, es müßte denn creditirt worden sein [16]). Diese Wirkung des Tausches ergiebt sich schon aus der im römischen Rechte stattfindenden condictio ob causam datorum. Diese Bestimmung ist noch fortwährend praktisch; der Geber hat gegen den anderen Contrahenten nur die Klage auf Erfüllung (während das im römischen Rechte begründete ius poenitendi mit der condictio ob causam datorum wegfällt), wenn er nicht, von dem Anderen vor der Uebergabe verklagt, die exceptio non adimpleti contractus vorgeschützt hat. 3) Die durch den Kauf bedingten Rechte Dritter, z. B. das Vorkaufsrecht, können bei dem Tauschcontracte nicht ausgeübt werden. In Ansehung des Retractes ist es bestritten [17]). Ohne Bedenken ist die Ausübung des Retractes bei dem Tausche zuzulassen, wenn der Retrahent im Stande ist, demjenigen, gegen welchen er das Recht ausübt, dieselbe Sache, welche dieser tauschweise weggegeben hat, in Natur wieder zu verschaffen; außerdem nicht.

Heimbach sen.

Testament [1]) (testamentum, διαθήκη). A. **Begriff.** Jede Anordnung, welche Jemand für den Fall seines Todes in Bezug auf

---

16) L. 19. 53. D. 18. 1. L. 11. §. 2. D. 19. 1. L. 5. §. 18. D. 14. 4. §. 41. Inst. II. 1.

17) Vgl. Glück, Erl. d. Pand. Bd. 16, S. 160 flg.

1) Quellen der Lehre: Inst. Lib. II. Tit. 10—18. Dig. Lib. XXVIII. Tit. 1—7. Lib. XXIX. Tit. 1. Cod. Lib. VI. Tit. 21—29. Auf die Fähigkeit zur Testamentserrichtung und die Form der Testamente beziehen sich besonders Inst. Lib. II. Tit. 10. 12. Dig. Lib. XXVIII. Tit. 1. Cod. Lib. VI. Tit. 22. 23. Von vorjustinianeischen Quellen gehören hierher besonders Gai. Inst. Comm. II. §. 100—151. Ulpian. Fragm. Tit. XX—XXIII. Paul. Sentent. Lib. III. Tit. 4. Theod. Cod. Lib. IV. Tit. 4. Nov. Theod. II. Tit. 16. Nov. Valentin. III. Tit. XX. Von nachjustinianeischen Quellen gehören hierher Basil. Lib. XXXV. Dieses Buch ist aber verloren gegangen, die einzelnen erhaltenen Bruchstücke sind in meiner Ausgabe mit einem Sternchen bezeichnet. Prochir. Basil.

sein Vermögen und die mit diesem und mit seinem Ableben zusammenhängenden Angelegenheiten trifft, heißt **letzter Wille, letztwillige**

Tit. XXI—XXV. Eclog. Leonis et Constantini Tit. V. Epanagoge Tit. XXIX—XXXIII. Harmenop. Lib. V. T. 1—5. 2) Literatur: a) Historische Schriften. Aeltere Schriften sind: Thomasius, diss. de origine successionis testamentariae. Hal. 1705. Eiusd. diss. prima initia successionis testamentariae apud Romanos. Hal. 1705. Eiusd. diss. de sensu legis decemviralis testamentariae. Hal. 1705. Heineccius, diss. de origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo. Franequ. 1726. (in Opusc. varior. Syllog. Exercit. XXVII. p. 970—1003.) Summermann, coniecturar. de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos reliquosque populos Spec. I. Berol. 1735. Trekoll, Tractat. de origine atque progressu testamentifactionis, praesertim apud Romanos, cum praefat. Gebaueri. Lips. 1739. de Bernstorf, Analecta historica ad doctrinam testamentorum. Gotting. 1775. Neuere Schriften sind: Gans, Erbrecht Bd. 2, S. 37 flg. v. Savigny, Beitrag zur Gesch. der röm. Testamente, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. I, S. 78 flg. Derselbe, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. I, S. 82 flg. Bd. 2, S. 182 flg. Dernburg, Beiträge zur Gesch. der röm. Testamente. Bonn 1821. Spangenberg, Beitrag zu der Lehre von Testamenten, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 144 flg. Walch, diss. de mutata a Constantino magno testamenti iuris civilis forma. Ien. 1823. v. Löhr, bedarf es bei uns zur Giltigkeit eines förmlichen Privattestamentes der subscriptio und superscriptio im Archiv Bd. VI, S. 328 flg. Marezoll, über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes u. s. w. in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 55 flg. Biedermann, prakt. Bemerkungen über rechtliche Gegenstände, und zwar über das gerichtliche Verfahren in Bezug auf Testamente, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXIII, S. 112. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 311—478. Bd. 34. Bd. 35, S. 1—75. Fortsetzung desselben von Mühlenbruch Bd. 42, S. 1—288. Rudorff, das Testament des Dasumius, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XII, S. 301 flg. Die, einzelne Theile der Lehre betreffenden, namentlich in den Zeitschriften zerstreuten Abhandlungen werden passender an den betreffenden Orten angeführt. b) Exegetische Schriften. Cuiacius, Comm. ad Dig. Lib. XXVIII. Tit. 1—4. (in Opp. quae de iure facit et ipse edi voluit. Hanoviae 1602. T. II. p. 204—258). Duarenus, Comm. in Dig. Lib. XXVIII—XXXV. Tit. 2. (in Opp. Francof. 1592. p. 312—575). Zuichemus, Comm. in decem titulos Institutionum (Inst. Lib. II. Tit. 10—19.) quibus omnia paene testamentorum iura eleganter et dilucide explicantur. Basil: 1534. Pagenstecher, in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum de re testamentaria et de bonorum possessionibus libros quatuor commentarius. Lemgov. 1750. Rivinus, diss. Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias, in Institutionibus Imp. Iustiniani repertas et notis illustratas exponens. Viteb. 1752. Westphal, Theorie des römischen Rechtes von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Giltigkeit. Leipzig 1790. Westphal, systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. de Reiche, Commentatio ad titulum Pandectarum Lib. XXVIII. Tit. 1. Gotting. 1796. c) Doctrinelle Schriften. Donellus, Comm. iur. civ. Lib. VI. cap. 4—28. Vasquius, de successionibus et ultimis voluntatibus. Francof 1677. Voet, Comm. ad Pandect. ad Lib. XXVIII—XXXVI. Lobethan, vollständige Lehre von der Erbfolge. Halle 1779. Madihn, Principia iuris Romani de successionibus seu de iure hereditario. ed. 2. Francof. ad Viadr. 1792. Siebenkees, Abhandlung von Testamenten. Nürnberg 1791. Claproth, Abhandl. von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. Aufl. 2. Göttingen 1797.

Anordnung, Verfügung (ultima voluntas in der neueren Kunstsprache). Diejenige letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser einen directen Erben ernennt, welcher ohne Dazwischenkunft einer Mittelsperson in des Erblassers gesammte Rechte und Verpflichtungen eintreten und ihn also vollständig repräsentiren soll, heißt Testament (testamentum) im Gegensatze der Codicille (codicilli), worunter alle diejenigen letztwilligen Anordnungen verstanden werden, welche keine directe Erbeinsetzung enthalten[2]). Dieser Unterschied zwischen beiden Arten der letzten Willen wird in den Quellen sehr scharf hervorgehoben[3]). Die Definitionen vom Testament, welche in den Quellen gegeben werden, sind nicht prägnant genug und umfassen letztwillige Anordnungen im allgemeinen[4]); zum Theil beschränken sie sich auf eine bloße Ableitung des Wortes[5]). Das Wort testamentum kommt her von testari, was sowohl die Bedeutung hat, Jemandem ein Zeugniß von Etwas geben[6]) als auch die, Jemanden zum Zeugniß in einer Sache auffordern[7]). Letztere Bedeutung liegt bei dem Worte testamentum zum Grunde, in-

---

Koch, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre von dem testamentarischen Erbrechte. Frankfurt 1813. Zimmern, Grundriß des gemeinen in Teutschland geltenden Erbrechtes. Heidelberg 1823. v. Hartitzsch, das Erbrecht nach römischen und heutigen Erbrechten bearbeitet. Leipzig 1827. Hunger, das römische Erbrecht. Erlangen 1834. Vgl. auch v. Dalwigk, Versuch einer philos. jurist. Darstellung des Erbrechtes, nach Anleitung des römischen Rechtes, neuer Gesetzgebungen und mehrerer Landesstatuten mit Gesetzesvorschlägen. 3 Bde. Wiesbaden 1820—1822. d) Praktische Schriften. Stryk, Tract. de cautelis testamentorum. Hal. 1738. Eichmann, Versuch über die Behutsamkeit beim letzten Willen. 2 Bde. Halle 1783. Bolley, dreiunddreißig Aufsätze über Testamente, Erbschafts- und andere Theilungen. Stuttgardt 1808. Punge, theoretisch-praktische Anleitung zur Abfassung letztwilliger Verfügungen. Lemgo 1810.

2) Ueber den möglichen Inhalt der letzten Willen s. Fein in der Fortsetzung von Glück, Erl. der Pand. Bd. 44, S. 3—8.

3) §. 2. Inst. II. 25. L. 20. D. 29. 7. L. 14. C. VI. 23. L. 7. C. VI. 36.

4) L. 1. D. 28. 1.: Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 1.: Testamentum est mentis nostrae iusta sententia, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat.

5) Pr. Inst. II. 10.: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est. Schon früher hatte Servius Sulpicius bei Gell. Noct. Atticar. Lib. VI. cap. 12. gesagt: Testamentum verbum esse duplex, compositum a mentis contestatione. Diese Ableitung ist aber offenbar unrichtig; testamentum kommt von testari her, und die Endsylben mentum sind keineswegs von mens hergeleitet, sondern sind nur eine gewöhnliche Endung, wie in argumentum, documentum, pavimentum, incrementum und anderen Worten, wo Niemand an eine Ableitung von mens denken wird und kann.

6) Theophil. ad pr. Inst. II. 10.

7) So die 12 Tafelstelle bei Gell. Noct. Att. Lib. XV. cap. 13. fin.: Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium faciatur, improbus intestabilisque esto. Dieselbe Bedeutung hat das Wort contestari. Fest. s. v. contestari. Daher nennt auch Ulpian in L. 20. §. 8. D. 28. 1. die Testamentshandlung eine suprema contestatio.

dem der Testirer bei der bei dem testamentum per aes et libram üblichen nuncupatio die Zeugen ausdrücklich zum Zeugniß aufforderte und diese Aufforderung ausdrücklich testatio genannt wird [8]). Die in den Legaldefinitionen vorkommenden Ausdrücke iusta sententia und iusta contestatio deuten wohl nicht blos darauf, daß das Testament giltig sein müsse, als darauf hin, daß das Testament civilrechtlichen Ursprung habe, im Gegensatze des erst späteren Zeiten angehörigen Codicills [9]). Testamentum bedeutet ferner noch die Urkunde, welche den letzten Willen eines Verstorbenen enthält, z. B. wenn von Eröffnung [10]) oder Verfälschung oder Unterschlagung eines Testamentes die Rede ist [11]); sowie auch zuweilen die durch Testament deferirte Erbschaft [12]).

B. **Errichtung des Testamentes.** I. **Fähigkeit ein Testament zu errichten.** Der Testirer ist, da ein letzter Wille eine einseitige Verfügung ist, das Hauptsubject. Es ist daher alles auf Willensbestimmung Bezügliche nach seiner Person zu beurtheilen. Der Testirer muß daher nicht blos 1) im allgemeinen fähig sein, zu wollen, sondern auch 2) insbesondre den Willen, die Absicht und die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, haben. Die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, sowohl als die Fähigkeit, daraus zu erben, heißt testamenti factio, erstere bei den Neueren activa, letztere passiva. Selbst bei den Soldaten muß die bestimmte Absicht zu testiren erklärt sein, und die bloße gelegentliche Aeußerung, wer einmal sein Erbe werden solle, genügt auch bei ihnen nicht [13]). Daher ist auch das Versprechen, ein Testament zu machen und Jemanden darin als Erben einzusetzen, selbst im Falle der Acceptation, unverbindlich [14]). Auch ist 3) erforderlich, daß der letzte Wille vollendet [15]), verständlich [16]) und bestimmt gefaßt sei [17]), auch auf keinem Irrthum beruhe, ohne welchen die Verfügung unterblieben wäre [18]). Endlich muß 4) der letzte Wille von fremdem Einflusse unabhängig [19]) und so erklärt und errichtet sein, daß man kein

---

8) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 9. Die nuncupatio bestand hiernach darin, daß der Testator, tabulas testamenti tenens, folgendes sprach: Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote.

9) Ueber die Erklärungen dieser Ausdrücke s. Glück, Erl. d. Pand. Bd. 33, S. 319—323.

10) Tit. Dig. Testamenta quemodmodum aperiantur (29. 3.)

11) L. 2. D. 48. 10. L. 16. 17. C. IX. 22.

12) Brissonius, de verborum significatione s. v. Testamentum n. 2.

13) §. 1. Inst. II. 11. L. 24. D. 29. 1.

14) L. 31. D. 28. 1.

15) L. 25. D. 28. 1. L. 9. C. VI. 22. L. 11. §. 5. D. 32.

16) L. 2. D. 34. 8. Notariatsordnung v. 1512 Tit. Von Testamenten §. 4.

17) L. 9. §. 9. D. 28. 5.

18) L. 9. pr. §. 1. D. 28. 5. L. 28. D. 5. 2. L. 4. C. VI. 24. L. 5. C. VI. 23. §. 4. Inst. II. 20.

19) L. 1. C. I. 2.

Erforderniß eines giltigen Testamentes an ihm vermißt. — Das Testament galt bei den Römern, als die letzte Willensäußerung eines Sterbenden, als etwas Heiliges und hatte eine gewisse religiöse Bedeutung, daher so sorgfältig für die unverfälschte Erhaltung der Testamente durch Niederlegung derselben in den Tempeln, besonders bei den Vestalinnen, gesorgt wurde [20]). Auch der Staat hatte an der Vollziehung der Testamente ein Interesse [21]). Hierzu kam noch, daß das Testament bei den Römern auch gewöhnlich Anordnungen über das Begräbniß des Testirers enthielt, deren strenge Beobachtung um so mehr gefordert wurde, als nach ihren religiösen Ansichten der glückselige Zustand eines Verstorbenen nach dem Tode von einem ordentlichen Begräbnisse abhing [22]). Daher werden auch die Testamente in Ansehung ihrer Giltigkeit den Gesetzen gleichgestellt, mit denen sie auch in den ältesten Zeiten, namentlich hinsichtlich der Form, viel gemein hatten, z. B. die Errichtung in den Comitien (testamenta in calatis comitiis). Darauf deutet auch wohl das uti legassit in den 12 Tafeln hin und der in den Quellen vom Testator gebrauchte Ausdruck: legem dicit testamento [23]). — Der Satz: testamenti factio est iuris publici hing wohl ursprünglich mit ihrer Errichtung in procinctu und in calatis comitiis und mit dem ius sacrum zusammen; er findet sich aber noch in späterer Zeit, nachdem jene Testamentsformeln längst außer Gebrauch gekommen waren [24]) und der Ausdruck ius publicum hat da dieselbe Bedeutung wie in dem Satze: ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Er bedeutet nämlich ein Recht, welches in öffentlichen Gesetzen seinen Grund hat und auf einer absolut gebietenden, durch Privatwillkür unabänderlichen Vorschrift beruht. Der Satz, daß die testamenti factio iuris publici sei, in dieser Bedeutung, ist wohl aus der Vorschrift der 12 Tafeln: uti legassit suae rei, ita ius esto, zu erklären [25]). Die Anwendung dieses Satzes zeigt sich in dreifacher Beziehung: erstens in Ansehung der Fähigkeit ein Testament zu errichten (sog. testamenti factio activa, wofür die Quellen die Ausdrücke brauchen, habere testamenti factionem [26]), testamenti faciendi facultatem [27]), ius testamenti faciendi habere [28]); zweitens hin-

---

20) L. 4. §. 3. D. 10. 2.

21) L. 5. D. 29. 3.

22) Daher wird die Bedingung der Erbeinsetzung, der Erbe solle den Leichnam des Testirers in das Meer werfen, für unverbindlich geachtet. L. 27. pr. D. 28. 7.

23) L. 14. D. 28. 5. L. 114. §. 14. D. 30. Vgl. auch Nov. 22. cap. 2.

24) So sagt Papinian in L. 3. D. 28. 1.: Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.

25) Darauf scheint die Formel, welche der familiae emtor bei Gai. Inst. Comm. II. §. 104 ausspricht, hinzudeuten; die hier erwähnte lex publica ist wohl das Gesetz der 12 Tafeln. Ueber den Satz selbst vgl. noch L. 55. D. 30. L. 27. D. 50. 17. L. 13. C. VI. 23.

26) §. 4. Inst. II. 19. L. 16. 18. D. 28. 1.

27) L. 19. fin. D. 28. 1.

28) L. 1. §. 8. D. 37. 1.

sichtlich des Rechtes, aus einem Testamente etwas zu erben (sog. testamenti factio passiva, wofür die Quellen von dem, welcher diese Fähigkeit hat, sagen: cum eo est testamenti factio[29]), testamenti factionem cum testatore habet[30]), welche Testamentifaction auch zur Ernennung als testamentorischer Tutor[31]) sowie bei den Testamentszeugen verlangt wird[32]); drittens in Rücksicht der vorgeschriebenen Form der Testamente[33]). In allen drei Beziehungen sind die gesetzlichen Vorschriften absolut gebietend und durch Privatwillkür unabänderlich.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen ist nun die Fähigkeit zu testiren näher zu betrachten. Nicht Jeder darf ein Testament errichten[34]), sondern wer testiren will, muß zur Zeit der Testamentserrichtung im Besitze der zur Testamentsfähigkeit gesetzlich erforderlichen Eigenschaften sein. Er muß daher 1) natürlich fähig sein, seinen Willen vernünftig, deutlich und bestimmt erklären zu können, wozu Gebrauch der Vernunft, nöthige Einsicht und Beurtheilung, Willensfreiheit und Dasein der zur verständlichen Willenserklärung erforderlichen Organe gehört; 2) den zur Errichtung eines Testamentes gesetzlich bestimmten bürgerlichen Zustand haben und auch 3) wissen, daß er ihn besitzt; ist er darüber im Ungewissen (incertus de statu suo), so kann er nicht testiren[35]), wovon nur bei Soldaten eine Ausnahme gemacht wird[36]). Der Testirer muß auch 4) zur Zeit seines Todes noch im Besitze dieses Zustandes sein, wenn das Testament nach seinem Tode gelten soll, während andere später eingetretene, namentlich physische Hindernisse, ein Testament zu machen, keinen nachtheiligen Einfluß haben. So erklärt sich, warum bei Beurtheilung der Testamentsfähigkeit sowohl auf die Zeit der Testamentserrichtung als auf die Zeit des Todes des Testirers gesehen werden soll, und dennoch der Verlust derselben nicht immer Ungiltigkeit des Testamentes zur Folge hat[37]). Nur der spätere Verlust der Testamentsfähigkeit durch capitis deminutio hat die Ungiltigkeit des Testamentes regelmäßig zur Folge; das Testament wird testamentum irritum[38]). Endlich muß der Testirer 5) nicht für intestabilis durch die Gesetze erklärt sein, d. h. er darf des Rechtes zu testiren nicht durch ein begangenes Verbrechen, welches diesen Verlust nach sich zieht, verlustig geworden sein. Ein solcher intestabilis konnte weder selbst ein Testament errichten,

29) L. 49. §. 1. D. 28. 5. §. 7. Inst. II. 20. L. 7. D. 41. 8. Ulpian. Fragm. Tit. XXII. §. 2.

30) Ulpian. Fragm. Tit. XXII. §. 1.

31) L. 21. D. 26 2.

32) §. 6. Inst. II. 10. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2.

33) L. 4. D. 28. 1.

34) Pr. Inst. II. 12.

35) L. 14. 15. D. 28. 5. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 11.

36) L. 11. §. 1. D. 29. 1. L. 9. D. 29. 7.

37) Vgl. besonders L. 1. §. 8. D. 37. 1.

38) §. 4. Inst. II. 17. L. 8. §. 1—4. D. 28. 1. L. 6. §. 5—7. D. 28. 3.

noch bei einem solchen Zeuge sein[39]; nur des letzteren gedenken die Institutionen[40]). In der ursprünglichen Bedeutung kommt intestabilis in dem schon erwähnten Gesetze der 12 Tafeln: qui si sierit testarier u. s. w. vor und bezeichnet denjenigen, welcher nicht fähig ist, Solennitätszeuge bei einem Rechtsgeschäfte zu sein; eine Strafe, welche die 12 Tafeln demjenigen drohen, welcher zur Mancipation als testis oder libripens zugezogen, später Zeugniß versagt[41]). Hiernach sind nun folgende Personen unfähig zu testiren: I. Diejenigen, welche sich zur Zeit des Testirens nicht im Zustande freien Selbstbewußtseins und des Gebrauches der Vernunft befinden. Hierher gehören 1) Wahnsinnige, furiosi[42]); in lichten Zwischenräumen (induciae, intermissiones, dilucida intervalla), wo sie sich bei vollkommenem Verstande befinden, gilt das von ihnen während eines solchen errichtete Testament nach einer Entscheidung Justinian's, wenn derselbe so lange anhielt, bis die Testamentshandlung vollendet war[43]); es gilt auch dann, wenn später die Geisteskrankheit wieder eintritt[44]). Der Beweis, daß ein lichter Zwischenraum bei dem wahnsinnigen Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen sei, liegt im Zweifel demjenigen ob, der dieses behauptet. Auch andere Geisteszustände, welche das Selbstbewußtsein stören oder vernichten, hindern die Testamentserrichtung; es muß aber, ob ein solcher Zustand vorhanden sei, der ärztlichen und richterlichen Beurtheilung überlassen bleiben, da die Arten und Grade der Geistesstörungen sehr verschieden sind. 2) Körperliche Kranke werden den Wahnsinnigen gleichgeachtet, wenn die Krankheit so beschaffen ist, daß sie auch die Geistesfreiheit und das Selbstbewußtsein stört[45]); sonst ist die Krankheit kein Hinderniß der Testamentserrichtung[46]). Daher können auch Sterbende noch mit stammelnder Stimme testiren, wenn sie nur noch bei Verstande und Bewußtsein sind und ihren Willen auf verständliche Art aussprechen könne[47]). Abweichende Grundsätze hatte das ältere teutsche Recht. Dasselbe verlangte zur Giltigkeit der Verfügung über die fahrende Habe körperliche Gesundheit und Stärke des Disponenten[48]), während über

---

39) L. 18. §. 1. L. 26. D. 28. 1.
40) §. 6. Inst. II. 10.
41) Theophil. Paraphr. Lib. II. Tit. 10. §. 6. behauptet sogar, daß ein zum Testament zugezogener Zeuge, welcher sich nach des Testirers Tode weigert, seine Unterschrift und Siegel anzuerkennen, auch nicht aus einem Testamente etwas erwerben könne. Allein die Justinianeischen Rechtsbücher enthalten nichts davon, daher man sich auch mit Recht dagegen erklärt hat. Vgl. Glück Bd. 33, S. 353 flg. Arndts in dem Artikel Erbeinsetzung Bd. III, S. 916 flg.
42) §. 1. Inst. II. 12.
43) L. 9. C. VI. 23.
44) §. 1. fin. Inst. II. 12.
45) L. 17. D. 28. 1.
46) L. 17. vgl. mit L. 2. D. 28. 1. L. 3. C. VI. 22.
47) L. 15. C. VI. 23.
48) Sächs. Landr. B. 1, Art. 52, §. 2.

Immobilien nicht einmal von einem körperlich Gesunden ohne Zustimmung der nächsten Erben giltig verfügt werden durfte[49]). Dies galt insbesondre auch von den Vergabungen von Todes wegen. Seit der Reception des römischen Rechtes sind diese Grundsätze des älteren teutschen Rechtes gemeinrechtlich außer Anwendung; in den Ländern des gemeinen sächsischen Rechtes sind sie durch ein ausdrückliches Gesetz aufgehoben[50]). 3) Höchst Betrunkene werden den Verstandeslosen gleichgeachtet[51]). Bestritten ist, ob auch der höchste Grad des Zornes hierher gehöre[52]). Für die Ungiltigkeit eines in einem solchen Zustande der Leidenschaft errichteten Testamentes scheint die allgemeine Regel zu sprechen, nach welcher alles in einem hohen Grade des Zornes Gethane oder Gesagte nicht eher giltig sein soll, als bis derjenige, von welchem die Handlung oder Willensäußerung ausging, bei wiedergewonnener ruhiger Ueberlegung dabei beharrt hat[53]). Allein ein solcher Grad der Leidenschaft, welcher Bewußtsein und Freiheit zu handeln aufhebt, könne bei einer Testamentserrichtung im Zorne nicht angenommen werden, da dieser Act Entschluß und Ausführung voraussetzt, welche sich ohne Vorbereitung des zur Beobachtung der gesetzlichen Form Erforderlichen nicht denken läßt, es mag das Testament gerichtlich oder außergerichtlich errichtet werden, alles Umstände, welche unwiderleglich Bewußtsein, Willkür und Selbstthätigkeit beweisen. Da der Zorn auch bei dem heftigsten Anfalle schnell vorübergeht (ira furor brevis est), so ist es nicht leicht denkbar, daß sich nicht über die Vorbereitung zur Testamentserrichtung der Zorn gelegt haben sollte. Die nun doch erfolgte Testamentserrichtung beweist, daß es die wahre Willensmeinung gewesen sei. Der während des Zornes gefaßte Entschluß ist unschädlich; es genügt, daß die Ausführung bei gewonnener ruhiger Ueberlegung erfolgte. Wäre es aber denkbar, daß das Testament in einem solchen Grade der Leidenschaft errichtet worden wäre, welcher die Annahme der Willensfreiheit ausschließt, so würde eine wirkliche Geistesstörung vorhanden, und ein in so hohem Grade Zorniger einem Rasenden gleich zu achten sein. Durch nachfolgende Genehmigung kann ein in einem solchen Zustande des Zornes errichtetes Testament ungeachtet der entgegenstehenden Meinung vieler Juristen nicht giltig werden, da es wegen Mangels in der Person des Testirers von Anfang an ungiltig war und als rechtlich nicht vorhanden zu betrachten ist; das ganze Rechtsgeschäft muß vielmehr noch einmal vorgenommen werden. Ferner sind unfähig zum Testiren 4) taubstumm Geborene[54]). Es

---

49) Sächs. Landr. B. 1, Art. 52, § 1.

50) Kursächs. Const. 5. P. II. v. 1572.

51) Can. 7. Caus. XV. qu. 1.

52) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück a. a. O. Bd. 33, S. 361 flg.

53) L. 48. D. 50. 17.

54) Vgl. Rivinus, diss. de testamento surdi et muti natura talis invalido. Lips. 1740. Maiansius, disp. de surdorum et mutorum testamenti factione, in dessen Disputat. iuris T. I. (Lugd. Bat. 1782.) N. XXX. p. 448. sq. Gensler,

existirt darüber eine eigene Constitution Justinian's von 531[55]). Dadurch ist das ältere Recht theils geändert, theils erweitert worden. Taube und Stumme konnten nach älterem Rechte gar nicht testiren, wenn sie auch nicht zugleich beide Gebrechen hatten; sie mochten schreiben oder sprechen können oder nicht, das Testament solcher Personen war weder nach dem Civilrechte, noch nach dem prätorischen Rechte giltig, sowie es auch gleichgiltig war, ob das Gebrechen angeboren oder erst durch Krankheit oder Zufall entstanden war; nur mußte der Taube wirklich nicht hören, der Stumme wirklich nicht sprechen können; bloße Schwerhörigkeit oder Schwerfälligkeit im Sprechen war unschädlich[56]). Ein erst nach der Testamentserrichtung entstandenes Gebrechen dieser Art that der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag[57]). Der Grund der Unfähigkeit Tauber und Stummer zum Testiren liegt nach Ulpian in der Natur und Form des älteren testamentum per aes et libram[58]). Nur Soldaten durften, auch wenn sie taub oder stumm waren, testiren[59]). Ein Nichtsoldat, welcher taub oder stumm wär, konnte nur mit Erlaubniß des Kaisers testiren[60]). Justinian hat die Strenge des älteren Rechtes gemildert und in gewissen Fällen den Tauben und Stummen zu testiren erlaubt. Nach seiner Constitution sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Ist Jemand taub und stumm zugleich und zwar von Geburt, so bleibt es bei der Regel des älteren Rechtes, daß ein solcher nicht testiren, überhaupt keine letztwillige Verfügung irgend einer Art errichten darf. Ohne Zweifel hat diese Vorschrift ihren Grund darin, daß man diese Personen als solche betrachtete, welche den Gebrauch ihres Verstandes nicht hätten und man sie für unfähig hielt, ihren Willen deutlich zu erklären. Da aber heutzutage der Unterricht solcher, welche taubstumm geboren sind, so weit gediehen ist, daß sie häufig fertig lesen und schreiben oder sich wenigstens verständlich machen können, namentlich denen, die mit ihnen lange umgegangen sind; da ferner solche Personen häufig guten Verstand und Urtheilskraft besitzen und dies in ihrer Handlungsweise darlegen, so entsteht die Frage, ob solchen nicht heutzutage die Testamentsfähigkeit zustehe. Die Meisten bejahen diese Frage oder fordern doch höchstens wegen des entgegenstehenden be-

---

das Testament einer taubgeborenen und sprachlosen Person, im Archiv für civil. Praxis Bd. III, S. 345 flg. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 2, N. 9, S. 137 flg. Gugot, diss. de iure surdo-mutorum. Groning. 1824. Cap. II. Marezoll, im Archiv für civil. Praxis Bd. VIII, S. 266 Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 366 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, §. 428, N. 1. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. 3, S. 364.

55) L. 10. C. VI. 22.

56) §. 3. Inst. II. 12.

57) L. 6. §. 1. L. 16. pr. D. 28. 1. L. 8. §. 3. D. 29. 7. L. 9. §. 1. D. 38. 8.

58) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 13.

59) §. 2. Inst. II. 11. L. 4. D. 29. 1.

60) L. 7. D. 28. 1.

stimmten Gesetzes, landesfürstliche Dispensation nach vorgängiger Untersuchung des Zustandes der betreffenden Person[61]). Manche halten, wenn der Taubstummgeborene so fertig lesen und schreiben gelernt hat, daß er seinen letzten Willen schriftlich erklären kann, nicht einmal landesherrliche Dispensation für nöthig, obwohl sie das Ansuchen darum zu mehrerer Sicherheit empfehlen[62]). Man gelangt aber schon nach der Reichsgesetzgebung dazu, solche, welche ihren Willen verständlich niederzuschreiben vermögen, auch ohne landesherrliche Dispensation zur Errichtung eines schriftlichen Testamentes für fähig zu achten, da die Notariatsordnung[63]) zu einem Testamente verlangt, daß der Errichter eines solchen mit verständlichen Worten reden oder schreiben kann, letzteres aber hier der Fall ist[64]). — Hat der Taubstumme Gehör und Sprache erst durch Krankheit oder Zufall verloren, so kommt es darauf an, ob er schreiben kann und daher seinen letzten Willen niederzuschreiben im Stande ist. In diesem Falle kann er nach Justinian's Constitution giltig testiren, ohne landesfürstlicher Erlaubniß dazu zu bedürfen; er muß aber seinen letzten Willen eigenhändig niederschreiben. b) Ist Jemand blos taub oder stumm, so kann der Taube, wenn er sprechen kann, mündlich, der Stumme, wenn er schreiben kann, schriftlich testiren, ohne Dispensation zu bedürfen; aber auch hier ist unerläßlich, daß er seinen letzten Willen eigenhändig schreibe. Diese besondere Formalität bei Testamenten Taubstummer, nämlich die eigenhändige Niederschrift, sollte eigentlich dazu führen, daß man dem Testamente Taubstummer auch unter den Fällen, wo eine außerordentliche Testamentsform eintritt, im Systeme des Civilrechtes einen Platz gönnte[65]). 5) Gerichtlich erklärte Verschwender werden rücksichtlich der Vermögensverwaltung den Wahnsinnigen gleichgeachtet[66]) und sind daher auch zur Errichtung eines Testamentes unfähig[67]). Das vor der Prodigalitätserklärung errichtete Testament bleibt dagegen bei Kräften[68]). Die Testamentsunfähigkeit des Verschwenders beruht ursprünglich darauf, daß ihm das ius commercii durch die Interdiction entzogen ist und er deshalb bei dem testamentum per aes et libram die familiae mancipatio nicht vornehmen kann[69]); es erhielt sich der Satz selbst nachdem diese Testamentsform außer Gebrauch gekommen war. Die Vorschrift des Kaisers Leo des Weisen, daß das Testament eines gerichtlich erklärten Verschwenders dann auf-

---

61) Die Schriftsteller für diese Ansicht führt an Glück a. a. O. Bd. 33, S. 373, N. 16.

62) Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 2, S. 144.

63) Notariatsordnung v. 1812 Tit. Von Testamenten §. 4.

64) Gensler, im Archiv Bd. III, S. 370—372. Glück a. a. O. S. 373 flg. A. M. ist Sintenis a. a. O. Bd. 3, S. 364, N. 6.

65) Marezoll, im Archiv Bd. VIII, S. 266.

66) L. 40. D. 50. 17.

67) §. 2. Inst. II. 12. L. 18. pr. D. 28. 1.

68) §. 2. Inst. II. 12.

69) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 13.

recht erhalten werden solle, wenn es vernünftig gefaßt ist und keine Spuren verschwenderischer Gesinnungen enthält[70]), ist, soviel darüber auch gestritten worden ist, da eine Reception der Leonischen Novellen nicht nachgewiesen werden kann, nicht anwendbar[71]). Die Aeußerung von Paulus[72]), daß ein gerichtlich erklärter Verschwender, wenn er sich gebessert und seinen verschwenderischen Lebenswandel abgelegt habe, sowohl testiren als Testamentszeuge sein dürfe, ist einer vorjustinianeischen Quelle entnommen und es ist sehr zu bezweifeln, ob zur Zeit des Paulus wirklich die bloße Besserung des Verschwenders genügt habe, um ihm die Testamentsfähigkeit wieder zu verschaffen, und ob nicht vielmehr die Zurücknahme der Interdiction von Seiten des Magistrates habe vorausgehen müssen[73]), was umsomehr anzunehmen ist, als ohne diese Zurücknahme es factisch immer sehr ungewiß gewesen wäre, ob der Verschwender sich hinreichend gebessert habe. Dafür spricht auch der Grundsatz: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est[74]); die Unfähigkeit des Verschwenders zur Verfügung über sein Vermögen war durch obrigkeitliches Decret entstanden und konnte auch nur durch ein solches wieder aufhören. 6) Unmündige, Mannspersonen, welche noch nicht 14 Jahre, Frauenspersonen, welche noch nicht 12 Jahre alt sind, dürfen nicht testiren[75]). Im älteren Rechte fanden Ausnahmen statt bei den Vestalinnen[76]) und bei den Kriegstribunen[77]), Ausnahmen, welche später wegfielen. Das während der Unmündigkeit errichtete Testament ist ungiltig und bleibt ungiltig, wenn auch der Errichter erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre[78]) und das Testament vor seinem Ableben nochmals genehmigt hätte. Die Testamentsmündigkeit tritt bei dem männlichen Geschlechte mit dem vollendeten 14., bei dem weiblichen mit dem vollendeten 12. Lebensjahre ein[79]), was bei Mannspersonen, ungeachtet des Streites der beiden Juristenschulen über den Eintritt der Pubertät bei dem männlichen Geschlechte[80]), schon zu den Zeiten der classischen Juristen feststand, bei den Frauenspersonen noch früher. Es ist nicht nothwendig, daß das gesetzlich

---

70) Nov. Leonis 39.

71) Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. Bd. 33, S. 383 flg.

72) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 4. §. 12.

73) Letzteres behauptet Schulting ad Paul. Sent. l. c. not. 38.

74) L. 35. D. 50. 17.

75) §. 1. Inst. II. 12. L. 1. §. 1. D. 27. 3. L. 4. C. 6. 22.

76) Gell. Noct. Att. I. 12. Sozomenus, hist. eccles. Lib. I. cap. 9.

77) Das Vorrecht derselben hob Justinian in L. 18. C. VI. 21. auf. Es ist dieses zugleich die einzige Stelle, welche über dieses Vorrecht Kunde giebt.

78) §. 1. Inst. II. 12. L. 19. D. 28. 1. Vgl. auch L. 1. §. 8. D. 37. 11.

79) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 4. A. §. 1. Gai. Inst. Comm. II. §. 113. besonders aber Ulpian in L. 5. D. 28. 1. Ueber die Auslegung dieser Stelle siehe Glück a. a. O. Bd. 33, S. 404 flg., 409 flg. und besonders Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 4, S. 381—387.

80) Vgl. darüber Heimbach iun. im Rechtslexikon Bd. I, S. 216 flg.

bestimmte Alter bereits überschritten sei, also das 15. bezüglich das 13. Lebensjahr bereits angetreten sein müsse; es genügt, wenn dieses Alter erfüllt ist. Dies ist aber dann der Fall, wenn der 15. oder 13. Geburtstag angebrochen ist, so daß innerhalb desselben nicht einmal die Geburtsstunde abgewartet zu werden braucht; nach Mitternacht des letzten Tages vor dem Geburtstage tritt die Testamentsmündigkeit ein; keineswegs genügt es, wenn der letzte Tag vor dem Geburtstage angebrochen ist[81]). Bei Spadonen und Castraten waren beide Juristenschulen darüber einverstanden, daß bei ihnen die Mündigkeit nur nach den Jahren zu bestimmen sei, da sich hier ein anderes Auskunftsmittel nicht treffen ließ und doch behufs der Testamentsfähigkeit die Festsetzung eines bestimmten Termins nothwendig war. Man nahm daher bei ihnen ein Alter von 18 Jahren als Testamentsmündigkeit an, wie Paulus bezeugt[82]). Dies änderte Constantius und setzte sie den zeugungsfähigen Männern gleich[83]), so daß sie schon mit dem 14. Jahre testiren dürfen. 7) Ausgeschlossen sind ferner von der Fähigkeit, ein Testament zu errichten, Kinder unter väterlicher Gewalt, sofern sie kein solches Vermögen besitzen, hinsichtlich dessen sie gleich wie selbstständige Personen angesehen werden[84]). Das von einem filiusfamilias errichtete Testament ist und bleibt ungiltig, wenn er auch frei von der väterlichen Gewalt verstorben wäre[85]). Der Grund, weshalb ein filiusfamilias nicht testiren dürfe, wird von älteren Juristen in dem Gesetze der 12 Tafeln: Paterfamilias uti legassit, ita ius esto, gefunden[86]). Allein die Unechtheit des paterfamilias in jener Stelle der 12 Tafeln steht nach den neueren Forschungen fest[87]) und hiermit fällt der hiervon entlehnte Grund weg. Der wahre Grund, warum ein filiusfamilias ursprünglich nicht testiren konnte, lag darin, daß er kein eigenes Vermögen besitzen konnte, weil er Alles dem Vater erwarb[88]). Später konnte der Haussohn zwar eigenes Vermögen erwerben; der alte Gesichtspunkt fiel aber doch nicht gänzlich weg. Nur hinsichtlich des peculium castrense und sog. quasi castrense wurde dem Haussohne das Recht zu testiren durch kaiserliche Constitutionen

81) S. Savigny a. a. O. und vor ihm Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 307 flg. A. M. ist Glück a. a. O. S. 410 flg.

82) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 4. A. §. 2.

83) L. 5. C. VI. 22.

84) Pr. Inst. II. 12. L. 16. D. 28. 1. L. 11. C. VI. 22.

85) L. 19. D. 28. 1.

86) Duarenus, Comm. ad Dig. Lib. XXVIII. Tit. 1. cap. 2. Ant. Faber, Iurispr. Papinian. Tit. II. Princ. V. Illat. I. p. 47. de Reter, Miscellan. Lib. I. cap. 22. nr. 8. (in Thes. Meerm. T. VI. p. 73.) Heineccius, Antiquit. Roman. Lib. II. T. 10. 11. 12. §. XVIII.

87) Erb in Hugo, civil. Magazin Bd. IV, Nr. 15. Dirksen, Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente Cap. 11. Tab. V. Fragm. 3. p. 329. sq.

88) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 10. Theophil. ad Inst. Lib. II. Tit. 10. §. 9. und Tit. 12. pr.

gestattet; hatte aber der Sohn von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht, so fiel nach älterem Rechte das castrensische Peculium an den Vater, der dessen nur bedingt entbehrte, postliminii cuiusdam similitudine[89]), nicht als hereditas, sondern quasi peculium, als wenn er von Anfang an unbeschränkter Eigenthümer gewesen wäre[90]). Der Vater erwarb nicht erst nunmehr das castrensische Peculium[91]), sondern es blieb bei ihm[92]). Aber auch wenn der Sohn von seinem Rechte zu testiren Gebrauch machte, blieben noch unverkennbare Spuren des Peculiencharakters. Denn erstlich galt der eingesetzte Erbe nicht als eigentlicher heres; die Erbschaft wurde nur als quasihereditas deferirt, mochte der eingesetzte Erbe der Vater oder ein Fremder sein[93]). Allerdings wurde der eingesetzte Erbe als Universalsuccessor behandelt, namentlich in Ansehung der Verbindlichkeit, die Schulden zu vertreten[94]); nur darüber scheinen Zweifel unter den römischen Juristen gewesen zu sein, ob er als prätorischer oder als civilrechtlicher Successor zu betrachten sei[95]); für das letztere entschied sich die herrschende Meinung[96]). Daher hatte auch der eingesetzte Erbe die Rechtsmittel eines Civilerben, wie die actio familiae erciscundae und die hereditatis petitio[97]). Zweitens galt das castrensische Peculium, worüber der Sohn testirt hatte, auch nicht sofort mit dessen Tode als hereditas, sondern erst wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte, so daß in der Zwischenzeit die rechtliche Fiction, kraft welcher sonst eine nicht angetretene Erbschaft die Person des Verstorbenen repräsentirt, hierbei nicht eintrat[98]). Schlug der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus, so fiel das castrensische Peculium an den Vater zurück, als ob es nie aufgehört hätte, sein Eigenthum zu sein[99]). Dieses alte ius peculii hat jedoch im neueren Rechte sowohl in Ansehung des castrensischen als des quasicastrensischen Peculiums aufgehört, und es wird dieses Peculium nun, wie das übrige Vermögen eines Hauskindes, iure communi vererbt[100]). Außer dem castrensischen und quasicastren-

89) Dies ist der Ausdruck von Tryphoninus in L. 19. §. 3. fin. D. 49. 17.
90) L. 3. §. 10. D. 4. 4. L. 1. 2. 9. 14. 17. pr. §. 1. D. 49. 17.
91) L. 1. §. 22. D. 37. 6.
92) L. 5. C. de castrensi peculio. L. 18. pr. D. 35. 2.
93) L. 9. pr. D. 49. 17. L. 2. D. eod.
94) L. 17. pr. D. 49. 17.
95) Mühlenbruch, Observat. iur. Rom. Sp. I. cap. 1. p. 31. Hasse, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 48 flg.
96) L. 2. §. 2. D. 10. 2.
97) L. 2. §. 2. D. cit. L. 34. pr. D. 5. 3. L. 17. pr. D. 49. 17.
98) L. 18. pr. D. 35. 2. L. 18. pr. D. 45. 3. Siehe die Gründe dafür bei Glück, Erl. d. Pand. Bd. 34, S. 108 flg.
99) L. 33. pr. D. 41. 1. L. 9. 19. §. 5. D. 49. 17.
100) Vgl. Glück, Lehre von der Intestaterbfolge §. 80. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes Bd. 1, Abth. 2, §. 187 a. E. §. 188 S. 691.

sischen Peculium gab es keins, worüber der Haussohn hätte testiren dürfen[101]. Namentlich gilt dies von dem sog. peculium adventitium. Auch über dieses darf das Hauskind nicht testiren, nicht blos wenn dem Vater daran der Nießbrauch zusteht[102], sondern auch wenn dieses nicht der Fall ist[103]. Indessen leiten Manche ein Recht des Hauskindes, über das sog. peculium adventitium extraordinarium zu testiren, aus Nov. 117, Cap. 1 ab[104]. Allein dieses Gesetz spricht nirgends von einer dem Kinde eingeräumten Befugniß zu testiren, wenn es gleich in mancher anderen Beziehung neue Anordnungen enthält[105]. Eine Ausnahme gilt jedoch nach römischem Rechte bei denjenigen Haussöhnen, welche geistlichen Standes sind. Diese können über ihr eigenthümliches Vermögen, sei es durch das geistliche Amt oder durch einen anderen Rechtsgrund erworben, nicht blos unter den Lebenden verfügen, sondern auch darüber testiren[106]. Nach kanonischem Rechte gilt freilich hinsichtlich des Erwerbes, welchen ein Geistlicher durch sein Amt und Pfründe oder überhaupt rücksichtlich der Kirche gemacht hat (peculium clericale) etwas anderes[107]. Doch wird sehr häufig eine fernere Ausnahme auf das kanonische Recht gegründet und behauptet, daß ein Haussohn über seine Adventitien zum Vortheil einer frommen Stiftung mit Einwilligung seines Vaters letztwillig verfügen dürfe. Es wird dies auf eine Decretale Pabst Bonifaz VIII. gegründet[108]. Dagegen wird von den Civilisten meistens behauptet, es sei gar nicht zu vermuthen, daß der Pabst hier beabsichtigt habe, etwas vom Civilrechte Abweichendes zu bestimmen; vielmehr sei die Decretale im Zweifel so zu verstehen, wie sie dem Civilrechte am meisten entspricht. Nur könne nach dem Civilrechte ein Haussohn über das nicht militärische Peculium nicht testiren, wohl aber mit Einwilligung des Vaters eine mortis causa donatio machen[109]; und es stehe nichts entgegen, die Stelle des kanonischen Rechtes von diesem Falle zu verstehen, zumal das Wort iudicare, welches dort gebraucht wird, in der Sprache des Mittelalters eine sehr schwankende Bedeutung habe und pro anima iudicare überhaupt von letztwilligen Verfügungen genommen werde, von der mortis causa donatio aber wegen ihrer gemischten Natur recht wohl dieser Ausdruck

---

101) Pr. Inst. II. 12.
102) L. 8. §. 5. C. VI. 61.
103) L. 11. C. VI. 22.
104) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 124, N. 67.
105) Vgl. die weitläufige Ausführung bei Glück a. a. O. S. 124—138.
106) Wenn auch L. 34. C. I. 3. Zweifel übrig lassen sollte, so ist doch Nov. 123. cap. 19. entscheidend.
107) Vgl. Heimbach iun. in dem Artikel Peculien Bd. VII, S. 885—887.
108) Cap. 4. de sepulturis in VI. (III. 12.)
109) L. 7. §. 4. 5. D. 39. 5. L. 25. §. 1. D. 39. 6.

gebraucht werden konnte[109a]). Indessen ist nach dem kanonischen Rechte, welches überhaupt auf die Testamente ad piam causam nicht das römische Recht angewendet wissen will, obige Ausnahme ohne Zweifel anzunehmen, wovon später noch bei dem testamentum ad piam causam die Rede sein wird. 8) Unfähig zum Testiren waren nach römischem Rechte, welches zur Testamentsfähigkeit das römische Bürgerrecht verlangte, a) Sclaven[110]). Nur servi publici populi Romani durften über die Hälfte ihres Vermögens, welches doch nur als Peculium galt und also sich im Eigenthum des Staates befand, testiren[111]). b) Römische Bürger, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, konnten während der Dauer derselben nicht testiren, weil sie durch die Gefangenschaft zu Sclaven wurden[112]). Ein von einem römischen Bürger, während er in feindlicher Gefangenschaft war, errichtetes Testament galt auch nach seiner Rückkehr aus der Gefangenschaft nicht[113]). Ein, bevor er in Gefangenschaft gerathen war, errichtetes Testament galt, wenn er aus derselben zurückkehrte, iure postliminii[114]); starb er in der Gefangenschaft, so wurde das Testament durch die Fiction aufrecht erhalten, der Testator sei schon im Augenblicke der Gefangenschaft, also noch im letzten Moment seiner Freiheit gestorben[115]). Diese Fiction gründet sich auf eine Lex Cornelia aus unbestimmter Zeit, welche häufig mit der lex Cornelia de falsis von Sulla für dasselbe Gesetz gehalten wird, und heißt daher fictio legis Corneliae. Hinsichtlich der Codicille finden sich anscheinend widersprechende Aeußerungen von Marcian[116]) und Tryphoninus[117]). Marcian erklärt die vor der Gefangenschaft bestätigten und während derselben errichteten Codicille für ungiltig. Tryphoninus hingegen behauptet, wenn der Errichter aus der Gefangenschaft zurückgekehrt ist, deren Giltigkeit, gleichsam als ob in der Zwischenzeit die Gefangenschaft gar nicht stattgefunden hätte. Man hat diesen Widerspruch dadurch zu beseitigen gesucht, daß Marcian das strenge Recht vorgetragen habe, während bei Tryphoninus Rücksichten der Billigkeit (humanitatis rationi congruum est) überwogen hätten[118]). Allein es liegt gar kein Widerspruch vor; vielmehr geht jeder Jurist von einem verschiedenen Falle aus. Tryphoninus handelt ausdrücklich

---

109a) Vgl. Puchta, Pandekten §. 463, N. 5. Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 141 flg.

110) L. 16. pr. L. 19. D. 28. 1.

111) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 16.

112) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 4. A. §. 8. §. 5. Inst. II. 12. L. 8. pr. D. 28. 1.

113) L. 8. pr. D. 28. 1. L. 201. D. 50. 17.

114) L. 6. §. 12. D. 28. 3.

115) Ulpian. Fragm. Tit. 23. §. 5. L. 12. D. 28. 1. L. 15. D. 28. 3. L. 28. D. 28. 6. L. 10. pr. L. 18. D. 49. 15. §. 5. Inst. II. 12.

116) L. 7. pr. D. 29. 7.

117) L. 12. §. 5. D. 49. 15.

118) So Glück, Erl. der Pand. 34, S. 59 flg.

von der Rückkehr des Gefangenen; Marcian erwähnt dieselbe nicht, und es muß daher, wenn diese Thatsache nicht ohne Noth in die Stelle hineingetragen werden soll, dessen Ausspruch von dem Falle verstanden werden, wenn der Gefangene während der Gefangenschaft gestorben ist. Auf diese Weise bezieht sich der Ausspruch des Ersteren auf das ius postliminii, der des Letzteren auf die fictio legis Corneliae, und hiernach ist leicht erklärlich, wie die Juristen bei dieser Verschiedenheit des Falles zu entgegengesetzten Aussprüchen über die Giltigkeit des Codicilles gelangen mußten[119]). c) Geißeln (obsides), welche die Römer von anderen Völkern, mit welchen sie im Kriege waren, durch den Friedensschluß zu ihrer Sicherheit erhalten hatten, konnten schon als Peregrinen nicht testiren, außer wenn es ihnen ausdrücklich gestattet worden war[120]). Ihr Vermögen fiel nach ihrem Tode, in Gemäßheit eines Rescriptes von Commodus, an den Fiscus[121]), wenn es ihnen nicht durch kaiserliche Begünstigung vorbehalten worden war, welche ihnen dadurch zu Theil wurde, daß ihnen der Gebrauch der Toga verstattet wurde[122]). Das unter a, b und c von Sclaven, Kriegsgefangenen und Geißeln Bemerkte ist heutzutage nicht anwendbar. d) Nichtrömer konnten kein Testament machen. Daher waren Peregrinen, latini und dedititii ausgeschlossen[123]). Justinian hob den Unterschied zwischen Bürgern, Latinern und Dedititien auf[124]) und daher beschränkt sich das im älteren Rechte Verordnete im neuesten auf Ausländer und solche Römer, welche das Bürgerrecht wegen eines Verbrechens verloren hatten, z. B. durch Deportation zur Strafe[125]). In Teutschland stehen die Inländer und Ausländer in Bezug auf das Recht zu testiren einander gleich[126]). Relegirte konnten nach römischem Rechte testiren, weil ihnen das Bürgerrecht blieb[127]). Dasselbe galt von den nur auf eine bestimmte Zeit zum opus publicum Verurtheilten[128]). e) Zum Tode oder überhaupt zu einer Capitalstrafe Verurtheilte verloren nach römischem Rechte das Recht zu testiren, nicht blos weil mit jeder Capitalstrafe in der Regel die Confiscation des Vermögens verbunden war[129]), sondern hauptsächlich deshalb, weil sie den zu diesem Rechte erforderlichen Status verlieren, servi poenae werden[130]).

---

119) Vgl. die weitere Ausführung von Fein in der Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 44, S. 53—58.

120) L. 11. D. 28. 1.

121) L. 31. D. 49. 14.

122) L. 32. D. 49. 14.

123) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 14.

124) Cod. Lib. VII. Tit. 5. 6.

125) Deportirte durften nicht testiren. L. 8. §. 2. D. 28. 1.

126) Auth. Friderici II. Omnes peregrini Cod. VI. 59.

127) L. 8. §. 3. D. 28. 1.

128) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 4. A. §. 9. L. 28. §. 1. D. 48. 19. L. 7. §. 3. D. 48. 22.

129) L. 8. §. 4. D. 28. 1.

130) L. 6. §. 6. 7. 8. D. 28. 3. L. 1. §. 2. D. 32. Diesen letzteren Grund

Auch das vor der Verurtheilung von dem Verbrecher errichtete Testament wurde wegen der eintretenden capitis deminutio ungiltig. Die servitus poenae trat erst im Augenblicke der rechtskräftigen Verurtheilung des Verbrechers ein[131]). Starb daher ein Capitalverbrecher vorher, so blieb das schon errichtete Testament aufrecht, und hinterließ er kein Testament, so kam es zur Intestaterbfolge[132]). Durch des Verbrechers Tod wurde die criminelle Anklage aufgehoben; sein Status wurde nicht verändert, außer wenn die Anklage wegen Perduellion erhoben war; denn in diesem Falle war die Confiscation auch bei dem Tode des Angeklagten vor der Verurtheilung zulässig, wenn seine Erben nicht die Schuldlosigkeit desselben erweisen konnten[133]). Der Grund dieser Ausnahme lag darin, weil bei diesem Verbrechen die Confiscation ausdrücklich durch das Strafgesetz angedroht ist, während sie in den übrigen Fällen stillschweigende Folge der Capitalstrafe ist. Aber nicht blos die Verurtheilung zu einer Capitalstrafe mußte bei Lebzeiten des Verbrechers erfolgt sein, wenn die servitus poenae eintreten sollte, sondern die Verurtheilung mußte auch rechtskräftig sein. Wenn daher der Verurtheilte gegen das Straferkenntniß appellirt und vor Erledigung der Appellation testirt hatte, so blieb das Testament bei Kräften, wenn er vor der oberrichterlichen Bestätigung des früheren Urtheilsspruches starb[134]). Die Regel, daß die als stillschweigende Folge der Verurtheilung zu einer Capitalstrafe eintretende Confiscation keine Anwendung leide, wenn der Angeklagte vor der rechtskräftigen Verurtheilung zur Strafe stirbt, erlitt dann eine Ausnahme, wenn der Angeklagte vor jenem Zeitpunkte sich entleibt, vorausgesetzt, daß dies nicht aus Melancholie oder aus Ungeduld gegen körperliche Leiden oder sonst, sondern aus Furcht vor der Capitalstrafe geschehen ist. Dann gilt der Selbstmörder als ein solcher, welcher des Verbrechens geständig und wegen desselben verurtheilt wäre, und sein Vermögen wird confiscirt. Ein von ihm darüber errichtetes Testament ist daher ungiltig[135]). Ob Justinian die servitus poenae ganz oder theilweise aufgehoben habe, ist bestritten[136]). Für das praktische Recht ist diese Frage unerheblich. Das Institut der servitus poenae, wenn es ja noch unter Justinian bestanden haben sollte, ist in Teutschland nicht recipirt. Nach teutschem Rechte ist ein Verlust des status libertatis nicht möglich und der Verlust des Staatsbürgerrechtes ist ohne Einfluß auf die Fähigkeit zu testiren. Es thut daher beständige

---

macht hauptsächlich mit Recht geltend Wächter, im Archiv für civil. Praxis Bd. XVII, S. 425 flg.

131) L. 10. §. 1. L. 12. 29. D. 48. 19. L. 1. 2. D. 49. 20.

132) L. 9. D. 28. 1. L. 45. §. 1. D. 49. 14.

133) L. 11. D. 48. 4.

134) L. 13. §. 2. D 28. 1. L. 6. §. 8. D. 28. 3.

135) L. 3. pr. D. 48. 21.

136) Das betreffende Gesetz ist Nov. 22. cap. 8. Vgl. über diese Streitfrage Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 85 flg. zum Theil gegen Marezoll, über die bürgerliche Ehre S. 30 flg.

Landesverweisung, wenn sie auch des Bürgerrecht nimmt, dieser Fähigkeit keinen Eintrag; ebensowenig lebenslängliche Freiheitsstrafe. Dasselbe gilt von der Verurtheilung zum Tode. Nur die Verhängung der Oberacht entzog die Testirfähigkeit, weil durch die Acht wie die durch Gesetz und Gewohnheit festgestellten und durch die Gerichte ausgesprochenen Achtsformeln bestimmt ergeben, alle bürgerlichen Rechte und somit auch die Fähigkeit zur Vornahme irgend eines Rechtsgeschäftes verloren gingen; aber auch dies ist unpraktisch [137]). Eine andere Frage ist, wie es nach teutschem Rechte mit dem factischen Hindernisse des Testirers, der Vermögensconfiscation stehe [138]). An sich hebt die Confiscation, welche doch eigentlich nur das bereits erworbene Vermögen, nicht das zukünftige, zum Gegenstande haben kann, die Möglichkeit zu testiren nicht einmal factisch auf, weil der Verurtheilte nach der Confiscation noch Vermögen erwerben und Schulden contrahiren, mithin dafür einen Erben bekommen kann. Auch können ihm vor seinem Ableben noch Rechte, z. B. fremde Erbschaften, deferirt werden, welche er nach Umständen auf seine Erben transmittiren kann. Es müssen aber folgende beide Fälle unterschieden werden. 1. Fall. Die römischen stillschweigenden Vermögensconfiscationen waren reine Folge einer erkannten und zu erleidenden Strafe, und zwar einer Strafe, welche entweder das Leben nimmt oder lebenslänglich dauert. Denn die damnatio ad metallum, ad opus metalli, ad ministerium metallicorum wurde gewöhnlich auf Lebenszeit erkannt und entzog nur in diesem Falle das Vermögen; ebenso zog nur opus publicum perpetuum Verlust des Vermögens nach sich und Deportation wurde immer auf Lebenszeit verfügt. Die servi poenae konnten, weil sie Sclaven wurden, nichts mehr erwerben; es konnte daher bei ihnen von künftigem Vermögen nicht die Rede sein. Dagegen konnten diejenigen, welche, wie die Deportirten, blos die Civität verloren, allerdings nach der Verurtheilung und nach verhängter Vermögensconfiscation wieder Vermögen erwerben. Denn an sich konnte sich die Confiscation nur auf das dem Verbrecher zur Zeit der Verurtheilung bereits zuständige Vermögen erstrecken, und da der Deportirte nur die Civität verlor, also auch als peregrinus rechtsfähig blieb, so konnte er wenigstens nach dem ius gentium wieder Vermögen erwerben [139]). Testiren durfte er aber nicht über dieses neu erworbene Vermögen, weder nach dem Rechte der Römer, weil er peregrinus war, noch nach dem Rechte eines anderen Staates, weil seine bis an den Tod dauernde Frei-

---

137) Wächter a. a. O. S. 427.

138) Vgl. darüber vorzüglich Wächter a. a. O. S. 427—432, dem wir folgen.

139) L. 22. §. 5. D. 17. 1. Diese Stelle ist rücksichtlich des für den Schuldigen nach der Confiscation für zulässig erklärten neuen Erwerbes, der nicht an den Fiscus fällt, nicht auf ausdrückliche Vermögensconfiscation zu beschränken, wie einige aus den Basiliken und deren Scholien restituirte Stellen, L. 14. §. 3. L. 15. D. 48. 22., und eine nicht restituirte Stelle, L. 7. §. 1. D. 32., ergeben.

heitsstrafe ihn an dem Erwerbe des Bürgerrechtes eines fremden Staates hinderte. Diese, wieder im Status liegenden Gründe ließen auch keine Intestaterbfolge in sein Vermögen zu und so fiel auch der spätere Erwerb bei seinem Tode an den Fiscus [140]). Im teutschen Rechte verhält sich dies ganz anders. Das gemeine teutsche Recht hebt alle stillschweigenden Vermögensconfiscationen auf [141]). Der zum Tode oder zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurtheilte behält mithin sein Vermögen sowie die Erwerbsfähigkeit bis an seinen Tod, so daß auch bei ihm kein factisches Hinderniß des Testirens vorliegt. Er kann also ohne Anstand testiren. 2. Fall. Es kann aber doch eine Confiscation seines Vermögens stattfinden, weil sein Verbrechen ausdrücklich mit Confiscation bedroht ist und diese speciell gegen ihn erkannt wird. Dies hindert ihn jedoch am Testiren nicht. Die ausdrückliche Confiscation beschränkt sich auf Einziehung des zur Zeit der ausgesprochenen rechtskräftigen Verurtheilung erworbenen Vermögens des Verbrechers; die Erwerbsfähigkeit verliert er dadurch nicht, daher er vor seinem Tode noch Vermögen erwerben kann. Denn wenn auch die anderweite Strafe, welche er noch zu erleiden hat, erst später vollstreckt wird oder sie noch so lange Zeit, etwa bis an seinen Tod, wie lebenslängliche Freiheitsstrafe, dauert, so dauert doch die Vermögensconfiscation hier nicht fort, wie bei den stillschweigenden römischen Confiscationen, welche infolge des Verlustes der Civität eintraten und welche nur deshalb bei dem Tode des Verurtheilten hinsichtlich des nach der Verurtheilung Erworbenen wiederholt wurden, weil der Verurtheilte als peregrinus keinen Erben haben konnte. Daher ist die gewöhnliche Meinung der meisten Civilisten und Criminalisten, daß nach gemeinem teutschen Rechte der zum Tode Verurtheilte nicht testiren könne, wenn zugleich ausdrücklich Vermögensconfiscation über ihn verhängt sei, nicht zu billigen. Jedenfalls fällt denen, welche die Unfähigkeit zum Testiren auf die zum Tode Verurtheilten beschränken, eine Inconsequenz zur Last: denn sie wenden hier eigentlich den Grundsatz an, welchen das römische Recht blos bei den stillschweigenden Vermögensconfiscationen, welche gegen Deportirte verhängt werden, festsetzt, d. h. daß die Confiscation bei dem Tode des Verbrechers sich wiederholt, weil der durch die verhängte Strafe entstandene Zustand desselben bis zu seinem Tode fortdauert, und so mußten sie daher auch behaupten, daß der zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilte nicht testiren könne, wenn auch wegen seines Verbrechens Vermögensconfiscation gegen ihn erkannt wird. Das Resultat ist daher nach gemeinem teutschen Rechte, daß, mit Ausnahme der nicht mehr vorkommenden Acht, Verurtheilung zu einer gewissen Strafe niemals die Fähigkeit zum Testiren entzieht,

---

140) L. 2. C. IX. 49. und eine aus den Basiliken und ihren Scholien restituirte Stelle, L. 7. §. 5. D. 48. 20.

141) Peinl. Gerichtsordn. Art. 135, 218. Ueber Art. 135 vgl. Wächter, im Neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. X, S. 641 flg.

und daß auch eine verhängte Vermögensconfiscation selbst dem zum Tode Verurtheilten die Möglichkeit, nach gefälltem Urtheil bis an seinen Tod Erwerbungen für sich, selbst aus letzten Willen, zu machen und somit die factische Möglichkeit, ein Testament zu errichten, nicht benimmt. 9) Noch werden gewöhnlich als unfähig zum Testiren aufgeführt [142]): a) usurarii manifesti, was man unrichtig übersetzt, offenbare oder notorische Zinswucherer, nach dem kanonische Rechte [143]); es ist aber diese Angabe zu allgemein; denn die betreffende Stelle erklärt nur Testamente derjenigen usurarii manifesti für ungiltig, in welchen die Restitution der bezogenen Zinsen nicht angeordnet ist; ist also die Restitution angeordnet oder hat der Testirer die gezogenen Zinsen bei Lebzeiten restituirt oder deshalb Sicherheit bestellt, so gilt das Testament nach dem betreffenden Gesetze. Davon abgesehen enthält das kanonische Recht in dieser Hinsicht, vom Standpunkte des gemeinen teutschen Rechtes aus, eine bloße Antiquität. Denn usurarii sind im kanonischen Rechte, welches das Zinsennehmen überhaupt verbietet, diejenigen, welche Zinsen, und wenn sie auch noch so gering wären, nehmen. Die teutschen Reichsgesetze gestatten aber das Zinsennehmen; ein usurarum crimen im Sinne des kanonischen Rechtes giebt es nach ihnen nicht mehr, und usurarius manifestus darf man sein, und es ist dieses bei uns Jeder, welcher Geld hat, und so muß auch das wegfallen, was das kanonische Recht für sein usurarum crimen bestimmte. Der Einwand, daß nur bei dem teutschrechtlichen Zinsenwucher, dem Nehmen höherer als gesetzlich erlaubter Zinsen, das eintreten müsse, was das kanonische Recht über sein usurarum crimen bestimmte, beseitigt sich dadurch, daß die Reichsgesetzgebung für den teutschrechtlichen Zinsenwucher besondere ausführliche Strafbestimmungen enthält [144]), welche die Anwendung der kanonischen ausschließen; daß unter diesen die Unfähigkeit zu testiren nicht enthalten ist und daß daher nach gemeinem Rechte notorische Zinswucherer für fähig zum Testiren zu achten sind. b) Hochverräther und deren Söhne sollen unfähig zum Testiren sein [145]). Allein die Söhne der Hochverräther werden in der betreffenden Stelle nur für erbunfähig, nicht für unfähig zum Testiren erklärt, und wenn sie von Manchen als stets infame Personen für intestabiles gehalten werden [146]), so steht entgegen, daß Infame als solche nicht testirunfähig sind. Die Hochverräther waren, wie andere Capitalverbrecher, unfähig zu testiren infolge der erkannten Todesstrafe, welche für sie eine capitis deminutio herbeiführte. Nur das Besondere tritt bei ihnen ein, daß während bei Capitalverbrechern regelmäßig deren Tod vor der Verurtheilung die Verurtheilung abwendet und alle Strafe unzu-

142) Vgl. darüber Wächter a. a. O. S. 421 flg., 432 flg.

143) Cap. 2. de usuris in VI. (V. 5.)

144) Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 17, §. 1—8. Tit. 19, §. 2, 3. Tit. 20, §. 6.

145) L. 5. pr. §. 1. C. IX. 8.

146) Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 126.

lässig macht, in einem solchen Falle mithin die von ihnen hinterlassenen letzten Willen gelten, bei dem Hochverrath hiervon eine Ausnahme wegen der damnata memoria des Hochverräthers eintritt, indem auch nach dem Tode desselben der Proceß noch eingeleitet und Vermögensconfiscation erkannt werden konnte [147]). Dies gilt auch noch jetzt nach gemeinem Rechte, weil der Hochverrath ein speciell mit Vermögensconfiscation bedrohtes Verbrechen ist; wird daher über den Todten Confiscation verhängt, so muß auch sein letzter Wille zusammenfallen. c) Auch das Verbrechen des Incestes soll Unfähigkeit zum Testiren begründen. Manche beschränken dies auf solche, welche in incestuoser Ehe leben, während die Meisten von solchen sprechen, welche im Inceste leben, ihnen aber die Testirfähigkeit nur insoweit absprechen, als sie andere Personen, außer gewissen Verwandten, einsetzen wollen [148]). Die einschlagenden Stellen ergeben aber bei näherer Betrachtung Folgendes. L. 6. C. V. 5. redet blos von incestuosen Ehen, nicht vom incestuosen Geschlechtsumgange überhaupt, und bestimmt allerdings für diese, daß der Schuldige nur zu Gunsten gewisser Verwandten solle testiren können. In Nov. 12. cap. 1—3. aber hebt Justinian die gedachte Constitution, soweit sie von den Strafen der incestae nuptiae handelt, auf, beruft sich auch in der späteren unglossirten Nov. 154. nicht mehr auf L. 6. C. cit., sondern nur auf die Nov. 12. bei Bestrafung der incestae nuptiae. Die Nov. 12. verordnet, daß der Schuldige mit ἐξορία bestraft werden und sein ganzes Vermögen zunächst an seine legitimen Descendenten, in deren Ermangelung aber an den Fiscus verlieren soll. Versteht man, was das römische Recht anlangt, unter ἐξορία die Deportation, so wäre die Strafe der incestae nuptiae gleichgestellt der des incestuosen Stuprums, welche zur Zeit der L. 6. C. cit. die Deportation gewesen zu sein scheint, und der Verbrecher könnte dann nach römischem Rechte gar nicht testiren, selbst nicht zu Gunsten gewisser Verwandten oder legitimer Kinder, weil er eine Capitalstrafe erleidet und die Civität verliert. Versteht man aber unter ἐξορία die Relegation (was wahrscheinlicher ist, da die byzantinischen Juristen noch zur Zeit Justinian's deportare durch περιορίζειν, deportatio durch περιορισμός wiedergeben), so ergiebt sich ein anderes Resultat. Der Relegirte, welchem sein Vermögen confiscirt wird, verliert weder die Fähigkeit zu künftigem Erwerbe, noch die Testirfähigkeit. Der wegen Incestes Verurtheilte kann daher, wenn man letztere Auslegung annimmt, nur über das zur Zeit der Verurtheilung ihm zustehende Vermögen nicht testiren, wohl aber unbeschränkt über das später erworbene. Denn die in der L. 6. C. cit. bestimmten Beschränkungen sind offenbar durch die Nov. 12. aufgehoben worden [149]). Was aber das teutsche Recht anlangt, so ist das geschriebene Recht von

147) L. 20. D. 48. 2. L. 11. D. 48. 4.
148) Noch andere Ansichten führt an Wächter a. a. O. S. 434 flg.
149) Umständlicher weist dies nach Wächter a. a. O. S. 436 flg.

der Praxis zu unterscheiden. Die peinliche Gerichtsordnung[150]) verweist bei der Bestrafung des Incestes lediglich auf das römische Recht. Da aber nach dem früher Bemerkten nach teutschem Rechte die Testirfähigkeit weder durch erkannte Freiheitsstrafe, noch durch verhängte Vermögensconfiscation verloren geht, so ist es nach teutschem Rechte in Bezug auf diese Fähigkeit ohne Einfluß, ob man unter ἐξορία in Nov. 12. Deportation oder Relegation versteht; in beiden Fällen hat nach teutschem Rechte der Verurtheilte unbeschränkte Testirfähigkeit hinsichtlich des nach der Verurtheilung erworbenen Vermögens. Eine bestimmte, mehr als hundertjährige Praxis geht noch weiter, indem seit dem 18. Jahrhunderte nicht mehr auf Confiscation erkannt worden ist. d) Pasquillanten, welche als solche verurtheilt sind, ermangeln nach römischem Rechte der Fähigkeit zu testiren[151]). Ob dies auch nach gemeinem teutschen Rechte der Fall sei, ist bestritten. Wächter[152]) folgert die Aufhebung des römischen Rechtes in dieser Beziehung daraus, daß die peinliche Gerichtsordnung Art. 110 die strafbarste Art des Pasquilles, die sog. Schmähschrift, besonders heraushebt und für sie Strafen bestimmt, dabei der Testirunfähigkeit nicht erwähnt, daher ein wegen einer Schmähschrift (im Sinne der peinl. Gerichtsordn.) Verurtheilter nicht testirunfähig sei, und nicht angenommen werden könne, daß ein wegen des minder strafbaren Pasquilles im engeren Sinne Verurtheilter der Fähigkeit zum Testiren ermangele. Abgesehen davon, daß aus dem Stillschweigen im Art. 110 noch keineswegs die Aufhebung der Intestabilität zu folgern ist, kann daraus, selbst wenn man dies annehmen wollte, noch nicht auf die übrigen Arten des Pasquilles geschlossen werden, weil der Grund der Aufhebung nur in der besonderen Größe der neuen für die Schmähschrift eingeführten Strafe (der Talion) zu finden wäre, dieser Grund aber für die übrigen Arten des Pasquilles, deren Strafe in der peinlichen Gerichtsordnung nicht geschärft ist, nicht passen würde[153]). e) Endlich werden noch Ketzer und Apostaten als unfähig zum Testiren aufgeführt. Nach römischem Rechte sind sie es allerdings[154]), weil die römischen Kaiser Ketzerei und Apostasie als ein schweres Verbrechen betrachteten. Allein nach heutigem Rechte können sie nicht mehr als Verbrechen angesehen werden und haben auch im ganzen 18. Jahrhunderte nicht dafür gegolten. Damit fällt die Testirunfähigkeit dieser Personen weg.

II. Fähigkeit aus einem Testamente zu erben. Da bereits darüber in einem anderen Artikel dieses Werkes ausführlich gehandelt worden ist, so genügt es, darauf zu verweisen[155]).

---

150) Peinl. Gerichtsordn. Art. 117.
151) L. 18. §. 1. D. 28. 1. L. 5. §. 9. 10. D. 47. 10.
152) Wächter a. a. O. S. 438.
153) Vangerow, Leitfaden §. 428, Nr. IV, 3.
154) L. 4. C. I. 5. L. 3. C. I. 7.
155) Vgl. den Artikel Erbeinsetzung Bd. III, S. 907 flg.

C. Form der Testamente. Einleitung. Zur Ausschließung der Intestaterbfolge genügt nicht, daß der Testator fähig sei, ein Testament zu errichten, sondern das Testament muß auch die zu einem giltigen Testamente nöthigen Erfordernisse haben, deren Inbegriff man die Form des Testamentes nennt. Diese betrifft nun entweder das zur gesetzmäßigen Errichtung des Testamentes Erforderliche (äußere Testamentsform) oder den Inhalt des Testamentes, d. h. das, was der Testirer in Ansehung der inneren Abfassung des Testamentes zu beobachten hat (innere Testamentsform). Diese besteht darin, 1) daß solche Personen im Testamente bedacht (honorirt) werden, welche nach den Gesetzen nicht unfähig sind, aus einem letzten Willen etwas zu erwerben; den wesentlichen Inhalt eines Testamentes macht die Erbeinsetzung aus; 2) daß keine Notherben übergangen oder ohne gesetzmäßige Ursache enterbt werden; 3) daß der Inhalt des Testamentes überhaupt so abgefaßt werde, wie es den gesetzlichen Vorschriften gemäß ist. Der Zweck der äußeren Testamentsform ist, Glauben und Gewißheit des Testamentes durch die in den Gesetzen vorgeschriebene Art zu befestigen. In Rücksicht dieser Form ist nun die Errichtung eines Testamentes entweder auf eine solche Art möglich, daß es dadurch öffentlichen Glauben erhält oder es wird dem Testamente durch die Art seiner Errichtung keine öffentliche Beglaubigung gegeben. Daher unterscheidet man in der Doctrin das öffentliche Testament, Testament mit öffentlicher Form (testamentum publicum) und das Privattestament (testamentum privatum).

I. Oeffentliche Testamente. Als ursprünglich öffentliche Testamente können die testamenta calatis comitiis und in procinctu angesehen werden. Denn das zur Schlacht gerüstete Heer wurde als das versammelte Volk betrachtet, vor welchem im Frieden der Bürger in den Comitien sein Testament machte. Beide werden von Gajus Testamente genannt[156]) und von Ulpian mit dem testamentum per aes et libram zusammengestellt[157]) und sind daher gewiß Testamente im wahren Sinne des Wortes gewesen. Diese beiden Arten der Testamente kamen außer Gebrauch und wurden durch die leichteren und bequemeren Privattestamente verdrängt. Das neuere römische Recht kennt zwei Arten öffentlicher Testamente, das gerichtliche und das demselben gleichgeachtete Testament vor dem Kaiser. Von beiden spricht eine uns nur im Justinianeischen Codex aufbewahrte Constitution von Honorius vom Jahre 413[158]). Auf diese Constitution bezieht sich auch die Nov. Valentiniani III. Tit. XX. de testamentis Nov. 1.[159]), worin sich Valentinian auf die Constitution seines Mutterbruders,

---

156) Gai. Inst. Comm. II. §. 101.
157) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2.
158) L. 19. C. VI. 23.
159) Novellae Constitutiones Imperatorum Theodosii II. etc. edit. Haenel (Lips. 1844.) p. 189. sq.

welches eben Honorius ist, beruft. In der Constitution von Honorius wird als ganz bekannt vorausgesetzt, daß der Erblasser seinen letzten Willen, auch ohne alle Feierlichkeit, mündlich vor Gericht oder vor der städtischen Curie zu Protocoll erklären könne, und eine letzte Willenserklärung eben so giltig und wirksam sei, als wäre sie auf feierliche Art vor Zeugen geschehen. Es kann demnach der Ursprung des gerichtlichen Testamentes (sog. testamentum iudiciale, testamentum publicum, quod fit apud acta) nicht erst aus dieser Constitution abgeleitet werden[160]). Die Zeit der Entstehung dieser Testamentsform ist unbekannt[161]). Wahrscheinlich ist es, wie Savigny annimmt, unter den Kaisern durch Gewohnheit aufgekommen. Den classischen Juristen war es nicht bekannt, wie daraus hervorgeht, daß sie bei dem mündlichen Testamente vom solennis numerus testium sprechen[162]). Das gerichtliche Testament, dessen die Constitution von Honorius gedenkt, war aber ein mündliches Testament, welches durch eine bloße Erklärung zu Protocoll errichtet wurde, ohne alle sonstige gewöhnliche Testamentsfeierlichkeit. Dies heißt hier actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicare iudicium. Publicare testamentum heißt hier nicht, wie bei uns, ein Testament eröffnen und vorlesen, was erst nach dem Tode des Erblassers geschieht, sondern es bedeutet soviel als testamentum apud acta conficere, actis insinuare, und geht also auf die mündliche Erklärung des letzten Willens, welchen der Testator der Behörde eröffnete[163]). Die Eröffnung des Testamentes nach dem Tode des Erblassers wird mit dem Ausdrucke recitare bezeichnet[164]), obwohl der Sprachgebrauch der Constitutionen nicht immer so streng ist, indem bisweilen auch publicare für recitare gebraucht wird[165]). Es sind also beide Handlungen, die Erklärung des letzten Willens vor Gericht, publicatio s. insinuatio testamenti apud acta, und die gerichtliche Eröffnung desselben, nach dem Ableben des Erblassers, recitatio testamenti, wohl zu unterscheiden. Sie sind häufig verwechselt worden. Erstere hatte nur bei den mündlich zu Protocoll gegebenen öffentlichen Testamenten statt, letztere aber bei den zugesiegelten feierlichen Privattestamenten. Die heutzutage gewöhnliche Form, ein schriftliches Testament verschlossen zu den Gerichtsacten zu bringen und es daselbst bis zum Tode des Testators aufbewahren zu lassen, war den Römern gänzlich unbekannt.

---

160) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 1, Cap. 2, S. 82 flg. Spangenberg, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 159 flg.

161) Die verschiedenen Ansichten hierüber siehe bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 157 flg.

162) Z. B. L. 21. pr. D. 28. 1.

163) L. 18. 19. C. VI. 23. L. 27. 30. 31. 32. C. de donat. (VIII. 53. (54.))

164) L. 6. D. 29. 3. L. 3. §. 18. D. 29. 5. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. 2. L. 1. C. VI. 32.

165) L. 2. 18. C. VI. 23. S. Savigny a. a. O. N. 198, S. 84.

Es beruht wohl nur auf einer bloßen Verwechselung beider Gerichtshandlungen, wenn Cujacius[166]), dem hierin mehrere Neuere folgen[167]), die Vermuthung aufstellt, die Römer hätten gerichtliche Testamente der Form nach gar nicht gekannt, sondern nur die Gewohnheit gehabt, ihre an sich in der gehörigen Form errichteten Testamente behufs der sicheren Aufbewahrung in das Gericht zu bringen, so daß also die gerichtlichen Testamente der Römer ohne die ordentliche Form nicht giltig gewesen wären. Allerdings mögen wohl ängstliche Testatoren bisweilen auch feierliche Testamente zur Aufbewahrung dem Gericht übergeben haben, sowie ja auch die Niederlegung der Testamente in Tempeln der Sicherheit wegen gewöhnlich war; aber unerweislich ist, daß darin die Form der gerichtlichen Testamente bei den Römern bestanden habe. Vielmehr wird in der Constitution von Honorius die Errichtung eines Testamentes vor Gericht von der vor Zeugen deutlich unterschieden sowie dies ebenfalls in der Novelle Valentinian's III. geschieht[168]). Hauptsächlich stützt Cujacius seine Ansicht auf eine Stelle aus Marculf's Formeln[169]). Diese redet zwar allerdings von der Insinuation eines feierlichen Testamentes in die Gerichtsacten; sie beweist aber nicht, daß die gerichtliche Insinuation nicht ohne die ordentliche Form eines Privattestamentes giltig hätte geschehen können. Es sollte das Testament vermöge der dem Prosecutor, wie er genannt wird, vom Testator ertheilten Vollmacht, ut mos est, wie es der Gerichtsbrauch mit sich bringt, den gestis municipalibus insinuirt werden. Dazu mußte selbst das feierliche Testament im Gericht verlesen, also eröffnet und seinem ganzen Inhalte nach in die Gerichtsacten eingetragen werden. Die vorhergehende Feierlichkeit war überflüssig, da jetzt die gerichtliche Insinuation an deren Stelle trat. Insbesondre machte der Umstand, daß der Testirer nicht selbst im Gericht erschienen war, sondern die gerichtliche Aufnahme des Testamentes durch einen Bevollmächtigten (prosecutor in dieser und anderen Urkunden genannt) besorgen ließ, genaue Untersuchung der Vollmacht und der Unterschriften der Testamentszeugen nothwendig, um Verfälschungen und Betrügereien zu verhüten. Darüber, daß, wenn der Testator selbst vor Gericht erschienen wäre, die Insinuation des Testamentes nicht ohne vorhergegangene feierliche Errichtung vor Zeugen giltig gewesen wäre, mangelt es ganz am Beweise. Hiernach war wohl das in der erwähnten Formel Marculf's beschriebene Verfahren vor

---

166) Cuiac. ad Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. (in Schulting, Iurispr. Anteiust. p. 401.)

167) Vgl. die Citate bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 160, N. 50. Vorzüglich ist die Meinung des Cujacius von Savigny a. a. O. widerlegt worden.

168) Ueber die sonst für die Hypothese des Cujacius angeführten Momente und deren Widerlegung s. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 162 flg.

169) Lib. II. Form. 37. Sie ist abgedruckt bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 162, N. 57.

Gericht nur bei solchen gerichtlichen Insinuationen der Testamente, welche durch Prosecutoren oder Bevollmächtigte geschehen, zu deren eigener Legitimation und zur Sicherheit der Gerichte statthaft. — Die andere Art der öffentlichen Testamente des neueren Rechtes ist das Testament vor dem Kaiser (sog. testamentum principi oblatum), welches, wie das gerichtliche, ohne alle Feierlichkeit gelten soll. Die Constitution von Honorius hat es zuerst eingeführt [170]). Die Veranlassung dazu gab nach der Bemerkung von Jac. Gothofredus [171]) die lex Iulia et Papia Poppaea, nach welcher Ehegatten, welche einander in einem wechselseitigen Testamente zu Erben eingesetzt hatten, nur dann das Ganze, was sie einander hinterlassen hatten, bekommen konnten, wenn sie in ihrer Ehe mit einander Kinder erzeugt hatten [172]). Doch konnten auch kinderlose Ehegatten das ius liberorum vom Kaiser erhalten. Catulinus, welcher in der nach Gothofredus mit unserer L. 19. C. VI. 23. zu verbindenden L. 4. Th. C. VIII. 17. erwähnt wird, lebte mit seiner Frau in kinderloser Ehe; beide Ehegatten setzten sich in einem wechselseitigen Testamente einander zu Erben ein und überreichten ihren letzten Willen, ohne alle weitere Förmlichkeit, dem Kaiser Honorius, mit dem Gesuch um Ertheilung des ius liberorum. Der Kaiser nahm das Testament an, ohne weiter darauf zu antworten und erließ die Constitution, welche unsere L. 19. C. VI. 23. ist. Ein ähnlicher Fall mit Leonius und dessen Ehefrau veranlaßte Valentinian III. dieses Gesetz zu erneuern und zu erweitern. Dies geschah dadurch, daß er bestimmte, nicht blos den um das ius liberorum nachsuchenden Ehegatten, sondern auch jedem Anderen solle es freistehen, seinen letzten Willen mit einer Bittschrift dem Kaiser zu übergeben und ein solcher letzter Wille solle auch ohne Form ebenso giltig sein wie jedes andere Testament: es solle die bloße Wissenschaft des Kaisers genügen, wenn auch kein bestätigendes Rescript darauf ergangen wäre [173]). Doch soll durch diese Testamentsform dem Rechte eines Dritten kein Eintrag gethan werden, namentlich den dadurch verletzten oder im Testamente übergangenen Notherben die zuständige Klage offenstehen [174]). Das Testament vor dem Kaiser war nach diesen Verordnungen kein mündliches, sondern vielmehr ein schriftliches dem Kaiser mittelst einer Bittschrift zu überreichendes, wobei es gleichgiltig war, ob man dasselbe der Bittschrift wörtlich einverleibte oder derselben schriftlich beifügte. Nothwendig war

---

170) Stryk, diss. de testamento principi vel iudici oblato. Hal. 1702. Walch, diss. de testamento principi oblato. Ien. 1777. Roßhirt, in der Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht Bd. II, S. 36 flg. Roßhirt, testamentarisches Erbrecht S. 446 flg. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 165 flg.

171) Iac. Gothofred. Comm. ad L. 6. Th. Cod. de inoff. testam. Lib. II. Tit. 19. T. I. p. 207. ed. Ritter.

172) Ulpian. Fragm. Tit. XVI. §. 1.

173) Nov. Valentiniani III. Tit. XX. const. 1. §. 1. 2.

174) Ibid. §. 6.

die Ueberreichung des Testamentes mit der Bittschrift an den Kaiser selbst, so daß dieser darum wissen mußte; was eben den Mangel aller sonstigen Förmlichkeiten ersetzte. Aus den Worten: voluntates hominum audire volumus, und: hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, könnte man wohl auch auf Zulässigkeit einer dem Kaiser zu geschehenden mündlichen Eröffnung des letzten Willens schließen. Allein diese Ausdrücke sind nicht nothwendig auf eine vorhergegangene mündliche Eröffnung zu beziehen. Denn die Bittschriften wurden nicht dem Kaiser selbst, sondern dem magister libellorum übergeben, welcher dem Kaiser daraus Vortrag erstattete[175]). Die alleinige Gegenwart des Kaisers genügte jedoch zur Uebergabe des Testamentes nicht, wie aus den Worten: quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet, hervorgeht. Der Streit darüber, ob die Uebergabe dem Kaiser gerade im versammelten Consistorium habe geschehen müssen oder ob sie auch außerhalb desselben im Beisein einiger seiner Räthe zulässig gewesen sei[176]), kann als unpraktisch übergangen werden. Den in einem solchen Testamente eingesetzten Erben soll es nichts schaden, wenn auf die Uebergabe des Testamentes kein Rescript ergangen ist, wofür die Constitution als Grund anführt, damit es nicht scheinen möchte, als sei durch das Rescript dem Testirer die Freiheit zur Abänderung seines letzten Willens entzogen. Wenn in der Constitution gesagt wird: omnium testamentorum solennitatem superare videtur sc. testamentum principi oblatum, so ist dies nur von der äußeren Testamentsform zu verstehen. Die Fähigkeit zu testiren wird ausdrücklich im Gesetze vorausgesetzt, und ebenso darf die innere Testamentsform dabei nicht vernachlässigt werden. Daß die Rechte der Notherben durch ein solches Testament nicht verletzt werden dürfen und gegen Verletzungen den Notherben die gewöhnlichen Klagen zustehen, sagt die Novelle Valentinian III. ausdrücklich. Der heutige Gebrauch dieser Testamentsform, wenn gleich darüber gestritten worden ist und ihr Vorkommen zu den rechtlichen Seltenheiten gehört, kann mit Grund nicht bezweifelt werden, indem sich sowohl Landesgesetze dafür erklären[177]) als auch Erkenntnisse dafür ausgesprochen haben[178]). Die angeblich weiter als die Theorie gehende Praxis[179]),

---

175) Auch die Ausdrücke audire und auribus alicuius aliquid intimare stehen nicht entgegen. Audire bedeutet auch, ein Gesuch zulassen; letzterer Ausdruck bedeutet: bekanntmachen, erklären, vorbringen. Brissonius, de Verbor. Signific. s. v. Audire und Intimare. Iac. Gothofred. Glossar. nom. Cod. Theod. s. v. Intimare. T. VI. P. II. p. 221.

176) Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. 34, S. 171 flg.

177) Bayer. Landr. Th. 3, Cap. 4, §. 2. Preuß. Landr. Th. 1, Tit. 12, §. 175, 176.

178) Consil. Tubing. Vol. III. p. 579. Carpzov, Decis. P. III. dec. 293. Stryk, caut. testam. cap. VII. §. 14.

179) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 180.

vermöge welcher mündliche Errichtung vor dem Regenten, Errichtung vor einer vom Regenten abgeordneten Deputation zulässig sein, auch zum Testiren unfähige Personen durch Errichtung eines solchen Testamentes die nöthige Fähigkeit erlangen sollen, wenn ihre Unfähigkeit dem Regenten bekannt war, läßt sich nicht rechtfertigen. — Zu den öffentlichen Testamenten rechnet die Doctrin auch das Testament, welches nach dem kanonischen Rechte vor dem zuständigen Pfarrer und zwei oder drei Zeugen errichtet werden kann (testamentum coram parocho et duobus testibus)[180]). Diese Testamentsform gründet sich auf eine Decretale Pabst Alexander III.[181]), gerichtet an den Bischof von Ostia, vom J. 1170. Die Gründe, aus welchen die Päbste sich für ermächtigt gehalten haben, Testamentssachen vor die geistlichen Gerichte zu ziehen und über Testamente Verordnungen zu erlassen, sind von Anderen schon hinreichend entwickelt worden[182]), und unzweifelhaft war die geistliche Gerichtsbarkeit in Testamentssachen im Mittelalter allgemein anerkannt. In der erwähnten Decretale ist von einer im Bisthum Ostia herrschenden Gewohnheit die Rede, nach welcher die Gerichte alle Testamente für ungiltig erklärten, welche nicht, wie die römischen Gesetze (leges humanae in der Decretale) vorschreiben, vor sieben oder fünf Zeugen errichtet worden waren. Der Pabst verwirft diese Gewohnheit, als mit den göttlichen Gesetzen, den Schlüssen der heiligen Väter und dem gemeinen Kirchengebrauche, wonach die Wahrheit in der Aussage von zwei oder drei Zeugen bestehe, im Widerspruch stehend. Der Pabst beabsichtigte keineswegs gänzliche Aufhebung der römischen Testamentsform vor sieben Zeugen und Einführung der Testamentserrichtung vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen als alleiniger Testamentsform, sondern er wollte nur letzterer Testamentsform gleiche Giltigkeit beigelegt wissen, wie der römischen vor sieben Zeugen, und verwarf daher jene Gewohnheit. Aus der Fassung der Decretale selbst geht aber hervor, daß der Pabst keine neue Testamentsform einführte, sondern blos die Praxis bestätigte, nach welcher ein Testament giltig vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen, die aber doch fähig (personae idoneae) sein müssen, errichtet werden konnte. Spätere in Frankreich, England und Spanien gehaltene Kirchenversammlungen untersagten

---

180) Die Literatur über diese Testamentsform s. bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 180 flg., N. 100, welcher selbst S. 180—186 darüber handelt. Hinzuzufügen ist Schulte, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. VIII, S. 201 flg. (die Abhandlung betrifft zunächst das testamentum ad pias causas). Auch Emminghaus, die Lehre vom testamentum ruri conditum im jetzt sächsischen Theile Thüringens, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIX, S. 241 flg., liefert wenigstens einen Beitrag zur Geschichte des testamentum coram parocho et duobus testibus in Teutschland.

181) Cap. 10. X. de testamentis (III. 26.)

182) Ge. Ludw. Boehmer, Observ. iur. canon. n. VII. Walter, Kirchenrecht §. 337. Vgl. auch Schulte a. a. O. S. 192—200.

sogar den Laien, anders als in Gegenwart ihres Pfarrers zu testiren[183]). Diese Testamentsform ist nach dem kanonischen Rechte ganz allgemein und weder auf eine gewisse Art von Testamenten, z. B. auf testamenta ad pias causas, noch auf eine gewisse Klasse von Personen, z. B. Geistliche, zu beschränken[184]). In Teutschland ist zwar diese Testamentsform auch bekannt gewesen; allein gemeinrechtlich ist sie nie geworden, daher sie denn auch in der Notariatsordnung von 1512 gar nicht erwähnt wird. Sie findet in Teutschland selbst in den katholischen Staaten keine Anwendung mehr, wenn nicht ihre Einführung oder Beibehaltung an einem Orte besonders erweislich ist[185]).

Heutiges gerichtliches Testament[186]). Das römische Recht verlangt zu der Giltigkeit des gerichtlichen Testamentes, daß es durch den Testirer selbst mündlich vor Gericht erklärt und dessen Inhalt in die acta publica eingetragen werde, d. h. ein Protocoll darüber aufgenommen werde. Uebergabe eines schriftlichen Testamentes an den Regenten oder an den Richter konnte dasselbe nicht zu einem öffentlichen erheben. Die heutige unbestrittene gemeinrechtliche Praxis (Gewohnheitsrecht), welche auch vielfach in der Gesetzgebung der einzelnen teutschen Staaten anerkannt worden ist, enthält folgende Abweichungen vom römischen Rechte: 1) es kann ein schriftliches, und zwar verschlossenes Testament bei Gericht übergeben werden, und diese Uebergabe hat gleiche Kraft und Giltigkeit mit der mündlichen Erklärung des letzten Willens vor Gericht, ohne daß es der Eröffnung des versiegelten Testamentes bei dessen Uebergabe oder sonst einer anderen Förmlichkeit bedarf; 2) es ist auch nicht nöthig, daß der Testator sich zur Errichtung seines Testamentes selbst an Gerichtsstelle begebe, sondern er kann den Richter darum ersuchen, daß er entweder selbst persönlich sich zu ihm verfüge, um sein Testament aufzunehmen, oder eine Gerichtsdeputation abordne, vor welcher er entweder seinen letzten Willen mündlich zu Protocoll erklärt oder welcher er sein Testament schriftlich zur Niederlegung im Gerichte übergiebt. Ein durch mündliche Erklärung vor Gericht

---

183) Thomassinus, vetus et nova ecclesiae disciplina P. III. Lib. I. c. 24. (T. VII. p. 153. sq. edit. Mogunt.) Schulte, in der Zeitschr. N. F. Bd. VIII, S. 196 flg.

184) Schulte a. a. O. S. 201 flg.

185) Orte, wo das kanonische Testament gilt, führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 186, N. 13. Für das sächsische Thüringen insbesondre ist die Anwendbarkeit desselben ausführlich dargethan von Emminghaus, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIX, S. 241 flg. Dort hat es das testamentum ruri conditum verdrängt oder wenigstens in sich aufgenommen.

186) Vgl. die Literatur bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 188, N. 16, welcher S. 188—226 sehr ausführlich über die gerichtlichen Testamente nach heutigem Rechte handelt. Die neueren Systeme des Civilrechtes sind als bekannt ohnehin vorauszusetzen. Vgl. noch Biedermann, praktische Bemerkungen über rechtliche Gegenstände und zwar über das gerichtliche Verfahren in Bezug auf Testamente, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXIII, S. 112 flg.

errichtetes Testament heißt **gerichtliches Testament** im engeren Sinne (sog. testamentum iudiciale sensu stricto, richtiger testamentum apud acta magistratus conditum). Ein durch Uebergabe eines schriftlichen letzten Willens vor Gericht errichtetes Testament heißt ein **dem Gerichte übergebenes Testament** (sog. testamentum iudici oblatum). Der mündlich erklärte letzte Wille ist in ein förmliches Protocoll zu bringen, dasselbe vom Testirer eigenhändig zu unterschreiben, mit dem Gerichtssiegel zu versiegeln, von außen mit der Ueberschrift, daß darin das Testament der mit dem Namen aufzuführenden Person, welches dieselbe an dem und dem Tage mündlich zu Protocoll erklärt hat, enthalten sei, zu bezeichnen und in gerichtliche Verwahrung zu nehmen[187]). Ist der Testirer des Schreibens unkundig oder wegen Krankheit oder aus anderen Gründen zu schreiben verhindert, so hat er sein Handzeichen dem Protocolle beizufügen, welchenfalls Vorsichts halber gewöhnlich noch ein oder nach Landesgesetzen auch mehrere Zeugen zugezogen werden. Im Falle der Uebergabe des Testamentes in einer versiegelten Schrift vor Gericht, ist blos über die geschehene Uebergabe ein Protocoll aufzunehmen, und auch dieses Protocoll ist vom Testirer zu unterschreiben; das Testament wird dann blos noch mit dem Gerichtssiegel belegt und überschrieben; der Testator aber erhält über die geschehene Uebergabe des Testamentes vom Gericht einen **Recognitionsschein**. Man behauptet, daß, wenn der Testirer nicht selbst schreiben könne, sondern das Testament durch einen Anderen habe schreiben lassen, ihm das schriftlich übergebene Testament vorgelesen, mithin dasselbe, wenn es versiegelt übergeben worden wäre, geöffnet und dann in Gegenwart eines Zeugen vom Testator mit seinem Handzeichen unterzeichnet werden müsse[188]). Man kann diesem nicht beipflichten. Die vor Gericht gegebene Erklärung des Testators, daß die von ihm versiegelt übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, muß genügen, ohne Unterschied, ob der Testator diese Schrift selbst geschrieben hat oder durch einen Anderen hat schreiben lassen, und es kann letzteren Falles nicht einmal die Unterschrift des Testators für erforderlich erachtet werden. Denn es ist vorauszusetzen, daß der Testirer, welcher eine Schrift mit dieser Erklärung übergiebt, die Schrift vorher gelesen habe oder sich habe vorlesen lassen und mit deren Inhalte vollkommen einverstanden sei. Denn es ist nicht nothwendig, daß das Gericht mit dem Inhalte des Testamentes bekannt sei, so wenig dies bei den Zeugen nöthig ist[189]). Das Gericht vertritt hier nur die Stelle der Zeugen, welche bei Privattestamenten erforderlich sind. Sowie bei Privattestamenten es genügt, wenn der Testator den Zeugen erklärt, die vorliegende Urkunde enthalte

---

187) **Puchta**, Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen Th. 2, §. 244, S. 267 flg.
188) **Puchta** a. a. O. §. 245.
189) L. 21. pr. C. VI. 23.

seinen letzten Willen, ohne daß sie dessen Inhalt zu kennen brauchen, so genügt auch bei schriftlich verschlossenen, vor Gericht übergebenen Testamenten die Erklärung des Testirers, die übergebene Schrift enthalte seinen letzten Willen, und diese Erklärung ersetzt auch die in gleichem Falle bei Privattestamenten erforderliche Unterschrift des Testirers oder eines achten Zeugen, wenn er nicht schreiben kann[190]). Auch wird ferner als eine vom römischen Rechte durch die heutige Praxis (Gewohnheitsrecht) begründete Abweichung hingestellt, 3) daß die Uebergabe eines öffentlich zu errichtenden Testamentes durch einen Bevollmächtigten geschehen könne, wenn er nur mit einer hinlänglich beglaubigten und speciellen Vollmacht versehen sei[191]). Allein dies ist sehr bestritten[192]). Als Gründe für jene angebliche Praxis werden folgende geltend gemacht: a) der Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift, daß ein schriftlich verfaßtes Testament dem Gerichte vom Testator in Person übergeben werden müsse; b) der Grundsatz des römischen Rechtes, daß man jedes Geschäft durch einen Bevollmächtigten vollziehen lassen könne, sobald

---

190) S. auch Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erl. der Pand. Bd. 38, S. 304 flg.

191) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 191, N. 22.

192) Schriftsteller, welche diese angebliche Praxis aus der Theorie zu rechtfertigen suchen, s. bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 191, N. 23. Entgegengesetzter Meinung sind die von Glück a. a. O. S. 193 flg., N. 28 angezogenen Schriftsteller und Glück selbst S. 195—202, sowie Guyet, über die Zulässigkeit der Ueberreichung eines öffentlichen Testamentes durch einen Bevollmächtigten, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIII, S. 254—283. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück Bd. 38, S. 305 flg. Guyet erörtert die Streitfrage sehr ausführlich. Zwischen den beiden gerade entgegengesetzten Ansichten, von denen die eine die Ueberreichnng eines öffentlichen Testamentes jeder Art durch einen Bevollmächtigten zuläßt, die andere eben so unbedingt für unstatthaft erklärt, giebt es Mittelmeinungen, welche im Grunde nur Nüancen der ersten Ansicht sind. Die erste läßt die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten zu, wenn dieser eine specielle, gehörig beglaubigte Vollmacht dazu erhielt, wobei Einzelne noch verlangen, daß die Vollmacht ein mandatum specialissimum sein müsse und nicht der Verdacht einer Fälschung obwalten dürfe. Die zweite unterscheidet zwischen dem, dem Regenten überreichten Testamente, und dem gerichtlich insinuirten letzten Willen, schließt bei dem ersten den Bevollmächtigten aus, gestattet ihn aber bei dem letzten. Die dritte unterscheidet zwischen dem mündlichen und dem schriftlich überreichten gerichtlichen Testamente, läßt bei dem letzteren einen Bevollmächtigten zu, schließt ihn aber bei dem ersten, hauptsächlich aus Gründen der Zweckmäßigkeit, aus. Die vierte gestattet die Ueberreichung eines öffentlichen Testamentes mit rechtlicher Wirkung durch einen Bevollmächtigten dann, wenn zwei glaubhafte Zeugen gesehen haben, daß derselbe von dem Machtgeber die Testamentsurkunde wirklich erhalten hat. Die fünfte endlich läßt die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten nur in dem Falle zu, wenn der Testirer z. B. durch Krankheit verhindert ist, das Testament in eigener Person dem Gerichte zu übergeben, verlangt aber, wenn der Testirer am Leben bleibt und später im Stande ist, vor Gericht zu erscheinen, daß er durch persönliche Erklärung den Mangel hebe, welcher aus jener nur nothgedrungen zugelassenen Ueberreichung doch immer folge. Vgl. Guyet a. a. O. S. 257 flg.

derselbe nur mit gehöriger Vollmacht versehen sei; ein Grundsatz, der ausdrücklich in Bezug auf Testamente anerkannt sei, indem die Insinuation eines Testamentes durch einen Bevollmächtigten selbst nach römischem Rechte habe geschehen können[192a]); c) das persönliche Erscheinen des Testirers vor Gericht, wenn es zur Uebergabe des Testamentes erforderlich sein sollte, würde eine bloße Solennität sein; bei einem öffentlichen Testamente seien aber alle Förmlichkeiten erlassen, und es genüge die Wahrheit der Disposition sowie die dieserhalb geschehene Autorisation durch Aufnahme des Testamentes in die Acten; d) die dem Kaiser überreichten Testamente würden in L. 19. C. VI. 23. mit den gerichtlichen Testamenten in Eine Klasse gesetzt, daher man füglich von der einen Gattung auf die andere schließen dürfe; bei Testamenten der ersteren Art werde gesagt, daß das offerre preces hinreiche, um dem Testamente Giltigkeit zu verschaffen, oder daß eine supplicatio intimata dazu genüge; da nun dies stets schriftlich habe geschehen müssen, so sei auch die Gegenwart des Testirers nicht nothwendig gewesen, sondern dieser habe sein Testament nebst der Bittschrift einsenden oder, was gleichviel sei, durch einen Procurator dem Kaiser überreichen lassen können; ausdrücklich sei aber die oblatio precum durch einen Procurator in den Gesetzen gestattet[193]), mithin müsse sie auch hier statthaft sein. Ebenso werde in der Novelle Valentinian's III. das Wesen des testamentum principi oblatum ausdrücklich nur darin gesetzt: quod sufficiat in augustam notitiam pervenisse; daß es aber durch den Testator selbst zur Kenntniß des Regenten zu bringen sei, werde so wenig in dieser wie in der Verordnung von Honorius gesagt; hätte dieses geschehen müssen, so wäre nicht der Beweis nöthig gewesen, oblatas esse preces secundum voluntatem defuncti, und dieser Beweis setze voraus, daß die Uebergabe durch einen Procurator geschehen sein müsse, weil, wenn der Testirer die, seinen letzten Willen enthaltende, Bittschrift selbst überreicht hätte, ein Zweifel darüber nicht hätte entstehen können, ob die Uebergabe dem Willen des Erblassers gemäß geschehen sei, weshalb der Erbe mit einem Beweise hätte beschwert werden können. Dieses müsse nun auch bei gerichtlichen Testamenten stattfinden, weil die Gesetze über die Art und Weise, wie diese vor Gericht zu übergeben seien, nichts bestimmen. e) Der Einwand, daß bei der Uebergabe des Testamentes durch einen Procurator ein Betrug leicht möglich sei, wird dadurch zu beseitigen versucht, daß ein Betrug im Zweifel nicht vermuthet werde, sondern von dem, welcher aus diesem Grunde ein Geschäft anfechten will, zu erweisen sei. Allein aller dieser Gründe ungeachtet muß man sich für die entgegengesetzte Ansicht entscheiden. Zuvörderst hat man zu unterscheiden, ob die Ueberreichung eines bereits solennisirten Testamentes in Frage steht oder ob ein schriftlicher Aufsatz erst durch den Act der Uebergabe die Eigenschaft

192a) L. 2. C. VI. 32.
193) L. 6. C. I. 19.

eines Testamentes erhalten soll[194]). Da im ersten Falle persönliche Ueberreichung überhaupt nicht nothwendig ist, sondern dieselbe mittelst eines Bittschreibens erfolgen kann, so muß man sich dazu eines gehörig bevollmächtigten Procurators bedienen können. Im zweiten Falle ist die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten unzulässig. Die Gründe dafür sind folgende. a) Die Uebergabe des schriftlichen letzten Willens vor Gericht ist die eigentliche Handlung des Testirens vor Gericht; sie macht die Legalisirung des gerichtlichen Testamentes aus und ist dasjenige, was die Legalisirung eines schriftlichen Privattestamentes vor den versammelten Zeugen ist. Kann nun bei Errichtung eines feierlichen Privattestamentes vor sieben Zeugen der Testirer nicht durch einen Procurator vertreten werden, weil die Zeugen, um sich davon zu überzeugen, daß der Testirer derjenige sei, für welchen er sich ausgiebt, denselben sehen und hören müssen[195]), und weil der Testirer nach gesetzlicher Vorschrift[196]) im Beisein der versammelten Zeugen erklären muß, daß die ihnen zur Unterschrift und Untersiegelung vorgelegte Urkunde sein Testament sei, diese auch das Testament in Gegenwart des Testators unterschreiben und untersiegeln müssen, so kann auch bei einem dem Gerichte zu übergebenden Testamente ein Bevollmächtigter den Testirer nicht vertreten. Bei gerichtlichen Testamenten tritt die Gegenwart der Gerichtspersonen an die Stelle der zu einem feierlichen Privattestamente erforderlichen Zeugen, wie daraus hervorgeht, daß in L. 19. C. VI. 23. das öffentliche Testament dem Privattestamente gleichgestellt wird. Was die Zeugen bei dem Privattestamente thun müssen, damit ihnen kein falsches Testament untergeschoben werde, das muß auch der Richter thun, welcher an die Stelle der Zeugen tritt. Hätte der Testirer auch vor noch so vielen Zeugen die Testamentsurkunde dem Bevollmächtigten übergeben und sie für seinen wahren letzten Willen erklärt, so kann dies, da es in den Gesetzen nicht als Testamentssolennität angesehen wird, höchstens nur die Bedeutung haben, daß der Echtheitsbeweis dadurch hergestellt wird. b) Wollte man die Uebergabe eines schriftlichen Testamentes durch einen Bevollmächtigten für giltig halten, so müßte man auch Errichtung eines mündlichen Testamentes durch einen Stellvertreter vor Gericht zulassen, während diese doch allgemein für unzulässig erachtet wird. c) Der Grund, welchen man von der Analogie gleichwichtiger Geschäfte hernimmt, scheitert schon an der Erwägung, daß die Gesetze, welche sonst so außerordentliche Maßregeln für den Zweck der Authenticität eines Testamentes nothwendig erachten, durch Zulassung eines Bevollmächtigten mit sich selbst in Widerspruch gerathen würden.

194) Diesen wichtigen Unterschied hat besonders Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 305 flg. hervorgehoben.

195) L. 9. C. VI. 23. Notariatsordnung von 1512 Tit. von Testamenten §. 4.

196) L. 21. C. VI. 23. Notariatsordnung von 1512 Tit. von Testamenten §. 7.

Es war aber nach dem römischen Rechte eine Stellvertretung des Testirers bei Testamenten ganz unmöglich. Der Grundsatz, daß bei den Geschäften, welche dem ius civile, im Gegensatze des ius gentium, ihre Entstehung verdanken, eine Stellvertretung durch freie Mittelspersonen nicht zulässig sei, hat sich noch im neuesten römischen Rechte als Regel erhalten. Die Testamente, sowohl in ihrer älteren Form als in der neueren der öffentlichen Testamente, und namentlich des kaiserlichen, waren, abgesehen vom prätorischen Testamente, aus welchem auch keine hereditas entsprang, negotia iuris civilis, bei denen schon nach jenem allgemeinen Grundsatze eine Stellvertretung durch freie Mittelspersonen nicht stattfinden konnte[197]. d) Die Stelle, aus welcher man die Zulässigkeit der Uebergabe eines schriftlichen Testamentes vor Gericht durch einen Procurator schon nach römischem Rechte hat ableiten wollen (L. 2. C. VI. 23.), handelt gar nicht von der Errichtung eines gerichtlichen Testamentes, was schon die Rubrik des Titels: quemadmodum testamenta aperiantur, ergiebt. Es geht aus der Stelle selbst, welche durch eine fast gleichlautende von Gajus[198]) in das klarste Licht gesetzt wird, hervor, daß dort vielmehr von Eröffnung eines feierlichen Privattestamentes gehandelt wird, welches der Vater dem Sohne gegeben hatte, um es nach dem Tode jenes in dem Gerichte seiner Vaterstadt eröffnen zu lassen. Daß es darin heißt: ut secundum leges moresque locorum insinuentur, steht nicht entgegen, da insinuare hier ebensoviel bedeutet, wie das eben dort vorkommende aperire, nämlich eröffnen oder bekannt machen, eine Bedeutung, in welcher es hin und wieder vorkommt[199]). e) Die oben erwähnte Formel Marculf's redet, wie bemerkt wurde, von der Aufnahme des Inhaltes eines feierlichen Privattestamentes in die Gerichtsacten, also vom Dictiren des Inhaltes desselben zu Protocoll. Die Ueberreichung eines feierlichen Privattestamentes zu diesem Zwecke durch einen Bevollmächtigten wird darin allerdings für zulässig erklärt; es lag aber ein feierliches Privattestament bereits vor, von dessen gehöriger Solennisirung und Echtheit sich auch die Behörde vorher durch Untersuchung der Unterschriften der Zeugen überzeugte. Die feierliche Testamentserrichtung war also schon vorhergegangen und die Ueberreichung durch den Bevollmächtigten war kein Testamentsact. f) Wenn endlich noch die Worte der L. 19. C. VI. 23.: Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden, welche sich, ohne daß die Uebergabe des Testamentes durch einen Bevollmächtigten geschehen sei, gar nicht erklären ließen, so liegt hier offenbar ein Irrthum zum Grunde. Denn

197) Guyet a. a. O. S. 274—278.
198) L. 7. D. 29. 3.
199) Vgl. L. 3. Th. C. VIII. 18. L. 24. Th. C. XVI. 5. L. 2. Th. C. XVI. 1. S. Guyet a. a. O. S. 265 flg.

die idonei testes sind keine fremden Zeugen, welche etwa zum Beweise der Uebergabe noch besonders nöthig wären; es sind vielmehr die in der Constitution früher erwähnten nobiles probataeque personae, welche zur Zeit der Uebergabe des Testamentes sich um den Kaiser befanden, wie der ganze Zusammenhang lehrt[200]). — Die Aufnahme oder Annahme gerichtlicher Testamente wird heutzutage allgemein zu den Handlungen der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit gerechnet. Es ist daher, nach der Natur solcher Gerichtshandlungen, 1) jeder Richter ohne Rücksicht darauf, ob er der zuständige Richter über des Testators Person ist, zur Aufnahme und Annahme von Testamenten befugt, welchem die Civilgerichtsbarkeit zusteht[201]); nur darf dieselbe nicht auf eine bloße Gattung von Rechtssachen beschränkt sein. Vor einem Criminalrichter kann ein gerichtliches Testament weder errichtet, noch übergeben werden, sowie auch nicht vor einem Dorfrichter und Schöppen, wenn letzterem nicht landesgesetzlich das Recht, Testamente der Dorfbewohner aufnehmen zu können, ausdrücklich ertheilt ist[202]). 2) Die gerichtliche Aufnahme und Annahme von Testamenten kann, da sie weder eine vorgängige Sachprüfung noch ein Decret voraussetzt, zu jeder Zeit, auch an Sonn- und Festtagen vorgenommen werden, weil hier gewöhnlich Gefahr auf dem Verzuge steht. 3) Die Uebergabe eines Testamentes an den Richter kann sowohl an der gewöhnlichen Gerichtsstelle als außerhalb derselben in der Privatwohnung des Richters geschehen. Man hat auch zugelassen, daß der Testirer vor seinen eigenen Gerichten sein Testament errichten und solches daselbst niederlegen könne, dies jedoch auf sein eigenes alleiniges Testament beschränkt, bei wechselseitigen Testamenten aber nicht zugelassen[203]); es ist diese Meinung aber nur dann zu billigen, wenn der Testirer zur Verwaltung der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit einen besonderen Gerichtsverwalter hat, weil er sonst in eigener Sache zugleich Zeuge sein würde. Bestritten ist, ob das Testament auch vor einem unzuständigen Richter außerhalb des Staatsgebietes, welchem der Testirer

---

200) Dies ist die allein richtige, zuerst von Hartm. Pistoris, Quaest. iur. Lib. III. qu. 28. n. 25. aufgestellte Erklärung. Dagegen denkt Guyet a. a. O. S. 264, der überhaupt das testamentum principi oblatum für ein dem Kaiser mündlich vorgetragenes Testament hält, daran, daß sich über die eigentliche Willensmeinung des Testators, z. B. bei einer geschehenen Demonstration des Erben oder bei Zweifeln über seinen Geisteszustand Streit erheben könne und dann diese quaestio fidei (L. 12. C. VI. 23.) durch Zeugen entschieden werde, welche über den Sinn der vom Testator gebrauchten und von dem Geheimsecretär des Kaisers (quod in nostris est scriniis constitutum) niedergeschriebenen Worte aussagen.

201) L. 19. C. VI. 23.: actis cuiuscunque iudicis — mentis suae postremum publicavit iudicium.

202) Beispiele solcher Landesgesetze führt an Heimbach, Lehrbuch des partikul. Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 291.

203) Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 205, der die Schriftsteller dafür in N. 46, 47 anführt.

als Unterthan angehört, errichtet werden könne. Eine Verletzung der Staatssouveränetät, weshalb Manche diese Frage verneinen, ist darin nicht zu erblicken, weil der Richter bei einem gerichtlichen Testamente nur die Stelle der Zeugen vertritt, fremde Zeugen aber ebenso classisch sind wie einheimische. Es kann ja auch der Fall sein, daß der außerhalb des Staates, dem er eigentlich als beständiger Unterthan angehört, gerade befindliche Testator wegen Krankheit oder aus anderen Gründen gar keinen anderen Richter erlangen kann als einen des Auslandes, in dessen Bezirke er sich gerade aufhält, und also, wenn er testiren will, vor diesem testiren muß. Eine andere Frage ist die, in welcher Form testirt werden müsse, damit das Testament in der Heimath des Testators gelte. Gewöhnlich stellt man die Regel auf: locus regit actum, und hält demnach die Testamentsform am Errichtungsorte allerwärts für genügend. Allein bei Unterthanen, welche sich im Auslande befinden, muß nach dem Rechte der Souveränetät, vermöge welcher jeder Staat nur sein Landesrecht und Landesgesetz als maßgebend anerkennen kann, bei im Auslande errichteten Testamenten, welche in der Heimath gelten sollen, die Beobachtung der nach den Gesetzen seines Landes erforderlichen Form gefordert werden, und für den Fall der Noth, also wenn der Testirer im fremden Lande die einheimischen Solennitäten nicht hat beobachten können, ist die gerichtliche Aufnahme oder Niederlegung im Auslande jedenfalls genügend, weil das fremde Landesgericht und sein beglaubigtes Zeugniß Vertrauen verdient [204]). Eine ebenfalls sehr streitige Frage ist die, ob der Richter auch außerhalb seines Gerichtsbezirkes in einem fremden Gerichtsbezirke giltig Testamente aufnehmen und annehmen könne? Diese Frage ist aber unbedingt zu verneinen [205]). Die Gründe dafür sind dieselben, wie für die Nichtzuständigkeit des Richters außerhalb seines Gerichtssprengels für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt. Sie beruhen darauf, daß nach deutlichen Aussprüchen der Quellen der Richter außerhalb seines Gerichtsbezirkes als eine Privatperson anzusehen ist [206]), und daß von den Befugnissen eines römischen Proconsuls, welchem allerdings, sobald er von Rom abgereist war, überall die legis actio zustand, auch wenn er sich außerhalb der ihm angewiesenen Provinz aufhielt, daher er auch außerhalb derselben Manumissionen und Adoptionen bestätigen konnte [207]), auf die Berechtigung unserer heutigen Richter umsoweniger geschlossen werden kann, als diese Befugnisse anderen Provinzialstatthaltern nicht zustanden, welche vielmehr außer ihrer Provinz als Privatpersonen gal-

---

204) Pütter, das praktische europäische Fremdenrecht S. 22.

205) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, S. 105 flg., Bd. 34, S. 206 flg., welcher auch Schriftsteller für die bejahende sowohl als die verneinende Meinung anführt und letztere mit hinreichenden Gründen vertheidigt.

206) L. 3. D. 1. 18. L. 3. D. 1. 17. L. 20. D. 2. 1.

207) L. 36. §. 1. D. 1. 7. L. 2. pr. D. 1. 16. L. 17. pr. D. 40. 2.

ten und außer derselben keine legis actio hatten[208]), die Befugnisse des Proconsuls also selbst bei den Römern als ganz besondere nur mit diesem Amte verknüpfte gegolten haben. Die Zweifel älterer Juristen[209]) an der Giltigkeit eines außerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstelle in der Privatwohnung des Testators von einer Gerichtsdeputation aufgenommenen oder derselben übergebenen Testamentes, haben ihren Grund wohl in dem älteren teutschen Rechte des Mittelalters, nach welchem Verfügungen über das Vermögen, namentlich Vergabungen Todes wegen, nur vor gehegtem Gerichte von solchen, welche noch bei völliger Kraft und Gesundheit des Körpers, ungehabt und ungestabt, vor demselben erscheinen konnten, getroffen und errichtet werden konnten[210]). Das römische Recht hat aber darin, daß es auch Testamente Kranker für giltig erachtet, das ältere teutsche Recht verdrängt, und durch Gewohnheitsrecht ist in ganz Teutschland auch die Aufnahme oder Uebergabe von Testamenten, außerhalb der ordentlichen Gerichtsstelle, in der Privatwohnung des Testirers vor einer Gerichtsdeputation eingeführt worden, nicht blos im Nothfalle, wenn der Testirer wegen Krankheit oder Schwäche nicht selbst vor Gericht erscheinen kann, sondern allgemein und unbeschränkt. Die Aufnahme oder Annahme des Testamentes in der Privatwohnung des Testirers setzt aber immer voraus, daß die dazu erforderliche Gerichtsdeputation auf vorheriges Nachsuchen des Testirers dazu abgeordnet worden sei. Das Gesuch um die Abordnung einer Gerichtsdeputation kann sowohl schriftlich als mündlich zu Protocoll durch einen Bevollmächtigten erklärt werden; auch der Mangel einer Vollmacht ist unschädlich, wenn nur der Testator das Ansuchen vor der Gerichtsdeputation bestätigt. Ueber das geschehene Nachsuchen ist ein Protocoll aufzunehmen und diesem der Beschluß beizufügen, in welchem die abzuordnenden Mitglieder des Gerichtes ernannt werden, mit dem Auftrage, sich zum Testator zu verfügen und in dessen Wohnung das Testament an- oder aufzunehmen. Was die Form eines gerichtlichen Testamentes anlangt, so kann ein solches also 1) an der ordentlichen Gerichtsstelle, vor versammeltem Gericht oder auch, was die Regel ist, vor einer Gerichtsdeputation, errichtet, und zwar entweder mündlich zu Protocoll erklärt oder schriftlich, offen oder versiegelt, zur Aufnahme und Aufbewahrung übergeben werden. Es ist aber auch 2) zulässig, daß es außerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in der Privatwohnung des Richters oder des Testirers aufgenommen oder übergeben werde. Rücksichtlich der Art und Weise der Aufnahme des Testamentes und der dazu erforderlichen Gerichtspersonen sind zunächst

208) L. 3. 17. D. 1. 18.

209) S. die Citate bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 209, N. 59.

210) Das sächs. Landr. B. 1, Art. 52, §. 2 hat dazu Veranlassung gegeben. Vgl. Kopp, de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis vulgo ungehabt und ungestabt. Frcf. ad Moen. 1736. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. 1, S. 249 flg.

die besonderen Gesetze jedes Landes maßgebend. In Ermangelung landesgesetzlicher Bestimmungen darüber, ist das zur Giltigkeit der Aufnahme und Annahme eines gerichtlichen Testamentes Erforderliche theils aus der Verfassung eines jeden Gerichtes, theils aus den allgemeinen Regeln von Aufnahme und Beurkundung gerichtlicher Handlungen, theils aus dem Gerichtsbrauche zu beurtheilen[211]. Die nächste Norm bietet die Verfassung des Gerichtes. Besteht das Gericht aus einer einzigen Person, welche zugleich als Richter und als Actuar eidlich verpflichtet ist, so kann von einem solchen Richter, ebenso wie jede andere Gerichtshandlung, so auch die Aufnahme oder Annahme eines Testamentes giltig geschehen. Es kann nämlich zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testamentes nicht mehr verlangt werden, als daß es den Gerichtsacten einverleibt werde. Wenn dennoch Manche[212] auch hier außer dem Richter noch die Beiziehung einer oder zweier glaubwürdiger Personen bei der Aufnahme eines gerichtlichen Testamentes für nöthig erachten, weil nach der Vorschrift des kanonischen Rechtes[213] zur Herstellung des gerichtlichen Acten beizumessenden öffentlichen Glaubens außer der Gegenwart des Richters auch noch Beurkundung durch den Gerichtsschreiber gehöre, und nach ausdrücklicher Bestimmung des kanonischen Rechtes namentlich, si super testamentis quaestio agitetur, den Worten eines Richters von auch noch so großem Ansehen allein nicht geglaubt werden solle[214], so ist doch von diesen Grundsätzen da, wo verfassungsmäßig und gesetzlich das Gericht aus Einer, zugleich den Richtereid und Actuariatseid auf sich habenden, Person besteht, kein Gebrauch zu machen, weil auf ihren Gerichtsacten der gerichtliche Glaube beruht und durch diesen allein das gerichtliche Testament seine Giltigkeit erhält. Besteht das Gericht aus zwei verschiedenen Personen, dem Richter und Actuar, so genügt zur Aufnahme oder Uebergabe eines gerichtlichen Testamentes die Gegenwart Beider, weil auf ihnen Beiden der gerichtliche Glaube beruht. Es kann aber auch der Richter dem Actuar seine Stelle auftragen[215] und solchenfalls kann der Actuar allein als Stellvertreter des Richters ein Testament giltig aufnehmen, weil er dann die richterliche und Actuariatsfunction zugleich in sich vereinigt, wobei jedoch vorausgesetzt werden muß, daß er zugleich den Richtereid auf sich hat. Doch schreiben Landesgesetze für diesen Fall häufig noch die Zuziehung von Schöppen vor. Streitiger ist, ob der Richter allein ohne Zuziehung des Actuars giltig Testamente aufnehmen könne[216]. Während nach der einen Meinung zwischen schriftlich zu übergebenden und mündlich zu Protocoll zu errichtenden Testamenten unterschieden

---

211) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 212—218.
212) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. S. 213, N. 70.
213) Cap. 11. X. II. 19.
214) Cap. 28. X. II. 20.
215) Cap. 43. X. I. 29.
216) Die verschiedenen Ansichten siehe bei Glück a. a. O. S. 215 flg.

und bei den ersteren die bloße Gegenwart des Richters für genügend erachtet wird, bei den letzteren nicht, weil der Richter nicht zum Protocoll verpflichtet sei, unterscheidet eine andere Ansicht, ob der Richter zugleich zum Protocolliren verpflichtet sei oder nicht, und verlangt nur im letzteren Falle die Zuziehung des Actuars. Nach einer dritten Meinung kann dem Richter allein ein Testament sowohl giltig übergeben als vor ihm mündlich zum Protocoll erklärt werden. Wir halten die zweite Ansicht für die richtige, setzen aber dabei noch voraus, daß der Actuar gerade nicht erlangt werden kann und dies vom Richter bezeugt wird, weil das Gericht verfassungsmäßig aus zwei Personen besteht und nur der Fall der thatsächlichen Verhinderung der einen eine Ausnahme rechtfertigen kann. Der dritten Ansicht, welcher allerdings ältere Praktiker gefolgt sind, steht entschieden entgegen, daß der Richter, wenn er nicht zugleich zum Protocoll verpflichtet ist, weder das über die Uebergabe eines Testamentes, noch das über die mündliche Erklärung eines Testamentes zu errichtende Protocoll giltig aufnehmen kann. Besteht das Gericht aus einem Collegium, so hat das Collegium, in Ermangelung landesgesetzlicher Bestimmungen darüber, zu bestimmen, wie viel und welche Gerichtsmitglieder zur Aufnahme des Testamentes im einzelnen vorkommenden Falle abzuordnen seien, ohne daß dem Testator die Wahl der abzuordnenden Mitglieder des Gerichtes zusteht, wenn nicht das Gericht, dem Wunsche desselben hierin zu entsprechen, kein Bedenken trägt. Daß nach gemeinem Rechte die Abordnung wenigstens zweier Gerichtsmitglieder zur Aufnahme eines Testamentes nothwendig sei, ist unerweislich. Der Meinung, daß es nicht nöthig sei, daß sich unter den Abgeordneten des Collegiums der Actuar mit befinden müsse, kann man deshalb nicht beitreten, weil der Actuar, wenn nicht die Abgeordneten des Gerichtes zugleich zum Protocoll verpflichtet sind, wegen des aufzunehmenden Protocolles über die Errichtung oder Uebergabe des Testamentes nicht entbehrt werden kann.

II. Privattestamente. Die Eintheilung der Privattestamente in solenne und nicht solenne oder privilegirte, welche sich darauf gründet, daß bei denselben entweder alle vorgeschriebenen Feierlichkeiten zu beobachten oder dieselben ganz oder zum Theil erlassen sind, ist nicht richtig. Richtiger unterscheidet man unter den Privattestamenten regelmäßige und unregelmäßige, je nachdem sie entweder, wie es die Regel des gemeinen Rechtes erfordert, d. h. mit gewöhnlicher Feierlichkeit mündlich oder schriftlich errichtet werden oder solche sind, bei denen entweder eine Vermehrung oder eine Verminderung der gewöhnlichen und ordentlichen Formen stattfindet, was in Rücksichten theils auf die Person des Testirers, theils auf die Umstände, unter welchen ein Testament errichtet wird, theils auf die Person des Honorirten seinen Grund findet. Das Vorherrschende ist Verminderung der Form, welche eine Bevorrechtung in sich begreift, und insofern werden solche Testamente privilegirte genannt; es gilt dies jedoch nicht von allen, und

hin und wieder sind auch ungeachtet der Verminderung noch einige besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben. Vermehrte Förmlichkeiten finden statt bei dem Testamente eines Blinden, ferner bei dem eines des Schreibens unkundigen Testirers sowie bei Testamenten der Taubstummen. Verminderte Förmlichkeiten finden statt bei dem Testamente der Soldaten, der Eltern unter ihren Kindern, dem Testamente auf dem Lande, dem Testamente zu milden Stiftungen, dem Testamente zur Zeit ansteckender Krankheit.

1) Gewöhnliche Formen. Historische Einleitung[216a]). Neben dem testamentum in calatis comitiis und in procinctu, welche ihre Unbequemlichkeiten hatten, weil die Comitien zum Zwecke der Testamentserrichtung nur zweimal im Jahre versammelt wurden[217]) und weil das letztere Testament nur in Kriegszeiten errichtet werden konnte, auch plötzliche Todesgefahr das eine sowie das andere Testament unmöglich machte[218]), entstand, wahrscheinlich infolge jener Mißstände, welche die beiden erwähnten Testamentsformen mit sich führten, das testamentum per aes et libram. Nach der Art, wie sich Gajus[219]) und Ulpian[220]) ausdrücken, hat das testamentum per aes et libram neben den beiden anderen Arten der Testamente noch eine Zeit lang bestanden und hat sich allein erhalten, nachdem letztere durch Nichtgebrauch veraltet waren[221]). Dieses testamentum per aes et libram verdankt sein Dasein wohl ebensowenig der durch die Vorschrift der 12 Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, eingeführten Testamentsfreiheit, als es durch die 12 Tafeln selbst eingeführt worden ist. Es war wahrscheinlich schon vor den 12 Tafeln bekannt. In allen Stellen, wo von den verschiedenen Arten der älteren römischen Testamente gehandelt wird, findet sich keine Rücksicht auf die 12 Tafeln[222]). Die Mancipation war schon vor den 12 Tafeln bekannt und ist durch dieselben bestätigt worden[223]), wird aber in denselben in Bezug auf die Testamentserrichtung nicht erwähnt. Die Mancipationsform bei Testamenten bestand in einem feierlichen Scheinverkaufe des Vermögens an einen familiae emtor durch aes und libra, wobei, wie bei jeder anderen Mancipation, fünf römische mündige Bürger als Zeugen nebst einem libripens ver-

---

216a) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 216—284. Roßhirt, testamentarisches Erbrecht S. 407 flg.

217) Gai. Inst. Comm. II. §. 101.

218) Gai. Inst. Comm. II. §. 102. Theophil. Paraphr. Instit. Lib. II. Tit. 10. §. 1. p. 330. ed. Reiz.

219) Gai. Inst. Comm. II. §. 102.

220) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2.

221) Dernburg, Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 25 flg.

222) Gell. Noct. Att. Lib. XV. cap. 27. Gai. Inst. Comm. II. §. 101—104. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2. §. 1. Inst. II. 10. Theoph. l. c.

223) Fragm. Vatic. §. 50.

langt wurden, welcher ebenfalls mit als Zeuge galt[224]). Wie es zu erklären sei, daß man die auf wirkliche Veräußerungen berechnete Mancipationsform auf Testamente, deren Hauptcharakter in der Einseitigkeit und Widerruflichkeit besteht, übertragen habe, darüber giebt es sehr verschiedene Ansichten[225]). Nach der Darstellung des Gajus[226]), welcher man am sichersten folgt, war die älteste Form des testamentum per aes et libram folgende. Wer keine Gelegenheit hatte, in calatis comitiis oder in procinctu zu testiren und wegen plötzlicher Krankheit die comitia testamenti faciendi nicht mehr zu erleben fürchtete, nahm zur Ausschließung der Intestaterben die geläufigste damals übliche Veräußerungsform, die Mancipationsform, zu Hilfe. Der Testator wählte sich einen treuen Freund und mancipirte ihm das ganze Vermögen (familia), mit dem Ersuchen, das Vermögen nach seinem, des Testators, Ableben denen auszuantworten, welchen er dasselbe bestimmt habe. Ein solches Testament hieß, weil es durch Mancipation geschah, testamentum per aes et libram. Bei der Vollziehung dieser Mancipation mußten, sowie bei jeder anderen, fünf römische mündige Bürger als Zeugen und ein libripens zugegen sein. Der Käufer des Vermögens, familiae emtor, bediente sich dabei folgender Worte: Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emta, und schlug mit einem Stück Geld, anfangs wohl nur ein Stück Kupfer (raudusculum), an die Waage, welche der libripens hielt und gab dieses dem Testator anstatt des Kaufpreises. Nach dieser ältesten Form des testamentum per aes et libram erfolgte keine Einsetzung eines Erben, sondern der familiae emtor vertrat dessen Stelle. Ihm trug der Testator auf, den von ihm bezeichneten Personen das ihnen von der Erbschaft Bestimmte zukommen zu lassen. Der familiae emtor war nicht Erbe, sondern anstatt des Erben, wie Gajus sagt, olim heredis locum obtinebat, loco heredis erat. Der Testator sprach, nachdem er das Stück Geld vom familiae emtor erhalten hatte, die Testamentsurkunde haltend, folgende Worte: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. Dies hieß nuncupatio. Diese linguae nuncupatio verpflichtete nach dem Gesetze der 12 Tafeln: Qui nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, den familiae emtor zur Vollführung alles dessen, was ihm der Testator aufgetragen hatte. Die neuere Art des Mancipationstestamentes ist nach Gajus von der ursprünglichen darin verschieden, daß ein Erbe darin eingesetzt wurde, welcher auch die Legate auszahlen sollte. Nunmehr wurde eine

224) Gai. Inst. Comm. II. §. 104. 107. 119. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2. §. 1. Inst. II. 10.

225) Sie sind geprüft von Dernburg a. a. O. S. 88—107 und dessen eigene Meinung von Gans, Erbrecht Bd. 2, S. 75 flg.

226) Gai. Inst. Comm. II. §. 102—105.

von dem eingesetzten Erben verschiedene Person blos zum Schein, ad veteris iuris imitationem, zum familiae emtor genommen. Er unterschied sich von dem früheren familiae emtor darin, daß er nach dem Testamentsact nichts weiter mit dem Nachlasse zu thun hatte, während der frühere familiae emtor nach dem Tode des Testirers erst thätig wurde. Nach der Darstellung Ulpian's[227]), welche hier bestimmter ist als die des Gajus, bestand das Testament per aes et libram aus zwei Theilen, der familiae mancipatio und der nuncupatio testamenti. Erstere war ein Scheinverkauf des Vermögens an den familiae emtor, welche ganz in derselben Art vollzogen wurde, wie jede andere Mancipation, durch welche man ein dingliches Recht gegenwärtig und unwiderruflich unter den Lebenden übertrug; es concurrirten der familiae emtor, der libripens und fünf Zeugen. Die Handlung mußte uno contextu geschehen, d. h. alle dazu gehörigen Personen, der Testirer, der libripens, der familiae emtor und die fünf Zeugen mußten gegenwärtig und alle zu Einer Zeit zusammen sein und bleiben. Obgleich Gajus und Ulpian nichts ausdrücklich davon sagen, so verstand sich diese Einheit der Handlung doch von selbst. Sie rührt nach den Institutionen[228]) a iure civili her und darunter kann nur die Mancipationsform verstanden werden. Auch der rogatio testium geschieht von keinem der genannten beiden Juristen Erwähnung, obgleich sie nothwendig war; sie gehörte aber mehr zur Vorbereitung der Mancipation als zur Handlung selbst und wurde daher, als nothwendig bei jeder Mancipation, vorausgesetzt. Die nuncupatio testamenti bestand darin, daß der Testator seinen in einem schriftlichen Aufsatze (tabulae testamenti) aufgezeichneten letzten Willen in der Hand hielt und vor den versammelten Zeugen mit der bereits erwähnten Formel aussprach: Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt etc.[229]). Bestritten ist, ob zur Form des civilrechtlichen Testamentes eine schriftliche Urkunde wesentlich nothwendig war[230]). Allein gegen die Nothwendigkeit einer schriftlichen Urkunde spricht, daß selbst Ulpian bei dem mündlichen Testamente vom solennis numerus testium redet[231]), worunter er nur das civilrechtliche Testament verstanden haben kann, da zu seiner Zeit nur zwei Arten von Testamenten bekannt waren, das prätorische, von sieben Zeugen besiegelt, und das civilrechtliche per aes et libram, von welchen das erstere zu seiner Giltigkeit bestimmt eine Urkunde, tabulae, forderte, so daß das mündliche Testament, von welchem Ulpian spricht, nur das civilrechtliche sein kann. Am gewöhnlichsten war wohl anfangs das schriftliche Testament; denn die uns bekannten Beispiele mündlicher Civiltestamente rühren erst aus der Kaiserzeit her. Eben-

227) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 9.
228) §. 3. Inst. II. 10.
229) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 9.
230) Dies behauptet Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. 6, S. 332 flg., N. 13.
231) L. 21. pr. D. 28. 1.

sowenig läßt sich nach der neueren Form des Testamentes per aes et libram behaupten, daß das reine Civiltestament ein blos mündliches gewesen sei[232]). Die Verschiedenheit der Person des familiae emtor von der des eingesetzten Erben bei dieser Form erklärt, daß zwar weder der familiae emtor noch der seiner potestas Untergebene Zeuge und libripens sein konnte, wohl aber der eingesetzte Erbe selbst und die seiner Gewalt unterworfenen Personen[233]). Die Zuziehung dieser Personen als Zeugen wurde schon bei den Alten nicht für rathsam erachtet[234]) und in Justinian's Institutionen verboten. Daß in einer von Ulpian herrührenden Digestenstelle[235]) dennoch gesagt wird, daß der eingesetzte Erbe in dem Testamente, worin er eingesetzt ist, nicht Zeuge sein könne, während doch zu Ulpian's Zeiten, wo das Testament per aes et libram vorzüglich in Gebrauch war, das Gegentheil stattfand, läßt sich wohl durch Annahme einer Interpolation viel besser erklären, als durch die Meinung, daß unter den alten Juristen selbst Streit darüber obgewaltet habe[236]). Eine Siegelung des Civiltestamentes per aes et libram durch die Zeugen war, wie aus dem Stillschweigen von Gajus und Ulpian darüber hervorgeht, anfangs nicht nothwendig und in den Institutionen wird dies ausdrücklich gesagt, und die Nothwendigkeit der Siegelung durch die Zeugen aus dem prätorischen Edicte abgeleitet[237]). Indessen war die Siegelung durch die Zeugen doch schon sehr früh auch bei den Civiltestamenten gebräuchlich, ja man betrachtete sie gewissermaßen als nothwendig, weil die Identität des feierlich errichteten Testamentes mit dem nach dem Tode des Testirers vorgebrachten kaum auf andere Weise sicher herzustellen war, als durch eine bleibende, von den Zeugen geschehene Bezeichnung des ihnen vorgelegten Testamentes[238]). — Neben der Mancipationsform, welche für das Civiltestament die einzige blieb, entstand eine neue, das prätorische Testament (testamentum iuris praetorici). Es unterschied sich von dem Civiltestamente besonders darin, daß es keiner Mancipation, keines Scheinverkaufes bedurfte, vielmehr erklärte der Prätor eine Testamentsurkunde (tabulae testamenti) von sieben Zeugen besiegelt, für genügend, um dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum

---

232) Dieses behauptet Dernburg a. a. O. §. 20, S. 130.

233) Gai. Inst. Comm. II. §. 105. 107. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 3. §. 10. Inst. II. 10. Vgl. als Beispiel Cicero, orat. pro Milone cap. 18.

234) Gai. l. c. §. 108. fin. §. 10. Inst. II. 10.

235) L. 20. pr. D. 28. 1.

236) Dies ist die Ansicht von Dernburg a. a. O. S. 321, während ältere Juristen, angeführt von Glück a. a. O. Bd. 34, S. 249 flg., N. 87 und dieser selbst eine Interpolation annehmen.

237) §. 2. 3. fin. Inst. II. 10.

238) Savigny, Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. I, S. 84 flg. Frühe Beispiele der Siegelung des Civiltestamentes durch die Zeugen kommen vor bei Cicero, orat. pro Milone, cap. 18. Sueton. Octav. cap. 101.

tabulas zu ertheilen, vorausgesetzt, daß der Testirer sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als zur Zeit seines Todes den zur Giltigkeit des Testamentes erforderlichen Status hatte. Unter diesen Umständen sollte das Testament auch dann von Wirkung sein, wenn es nach dem Civilrechte entweder gleich anfangs ungiltig wäre errichtet worden oder später seine Giltigkeit verloren hätte [239]). Nur die Institutionen sprechen ausdrücklich von einer durch das prätorische Edict eingeführten neuen Form für die Errichtung der Testamente, während Gajus und Ulpian nur von einer bonorum possessio secundum tabulas reden. Auch war das prätorische Testament seinem Ursprunge nach nichts als eine solche bonorum possessio [240]). Sie war dem Erben nur dann von Nutzen, wenn kein Civilerbe vorhanden war, sei es ein in einem giltigen Civiltestamente per aes et libram eingesetzter oder ein nach dem Civilrechte zur Intestaterbfolge berechtigter. Die dem in dem sog. prätorischen Testamente eingesetzten Erben vom Prätor ertheilte bonorum possessio secundum tabulas war bald sine re, wenn ein Civilerbe da war, welcher die Erbschaft abfordern konnte, indem dieser bis zu Antoninus dem bonorum possessor secundum tabulas vorging, bald cum re, wenn keiner da war, welcher die Erbschaft nach dem Civilrechte beanspruchen konnte [241]). Dies änderte sich, nachdem K. Antoninus (ob Pius oder Marcus, ist bestritten) durch ein Rescript dem in tabulis non iure factis eingesetzten Erben eine exceptio doli mali gegen die Civilintestaterben, wenn diese die Erbschaft forderten, verstattet hatte [242]). Diese Exception sollte nicht blos bei Testamenten verstorbener Mannspersonen, sondern auch bei denen der Frauenspersonen statthaft sein, wenn solche nach dem Civilrechte wegen Mängel hinsichtlich der Form der Mancipation oder Nuncupation nicht giltig waren [243]). Da nun erst aus dem sog. prätorischen Testamente ein wirksames Erbrecht entstand, so war nunmehr erst der Eintritt der Form der Siegel von sieben Zeugen in die Reihe der Testamentsformen möglich. Die Mancipationsform bei Testamenten fiel dadurch nicht weg, indem der Prätor deren Aufhebung weder beabsichtigte, noch beabsichtigen konnte; sondern das prätorische Edict versprach blos die bonorum possessio demjenigen, welcher dem Prätor ein schriftliches Testament vorzeigen würde, welches mit nicht weniger Siegeln bezeichnet wäre, als nach dem Gesetze

---

239) Gai. Inst. Comm. II. §. 119. 147. Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 6. Tit. XXVIII. §. 6. §. 2. Inst. II. 10.

240) Vgl. Heimbach iun. in dem Art. Bonorum possessio Bd. II, S. 325 flg.

241) Gai. Inst. Comm. II. §. 148. 149. Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 6. fin.

242) Gai. l. c. §. 120. Hierher gehört auch wohl die Stelle aus Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 8. §. 2. in der Collat. Legg. Mosaic. et Roman. Tit. XVI. §. 3. wenn statt sine vielmehr sane und statt abiecta vielmehr obiecta gelesen wird.

243) Gai. l. c. §. 121.

erforderlich ist (quam e lege oportet). Das hierauf bezügliche Edict des Prätor Verres hat uns Cicero aufbewahrt[244]) und als edictum translatitium bezeichnet, so daß es schon frühere Edicte dieses Inhaltes gegeben hat. Die Deutung der Worte dieses Edictes: quam e lege oportet, ist sehr bestritten[245]). Vielleicht ist unter der lex das Gesetz der 12 Tafeln gemeint und es hat damit gesagt werden sollen, es müsse das Testament so viel Siegel haben, als nach dem Gesetze der 12 Tafeln Personen bei einer Mancipation gegenwärtig sein müssen, d. h. nämlich fünf Zeugen, der familiae emtor und der libripens[246]). So bestanden zwei verschiedene Formen des schriftlichen Privattestamentes, beide giltig, so daß zwischen ihnen die Wahl zustand, aber in Form und Wirkung verschieden, nämlich das Civiltestament mit Mancipation vor fünf Zeugen, und das prätorische mit sieben Zeugen und sieben Siegeln. Beide Testamente waren in gleichem Grade zulässig und bestanden noch lange selbst unter den christlichen Kaisern neben einander[247]). Im Justinianeischen Rechte sind beide Testamentsformen zu Einer verschmolzen. Nach den Institutionen[248]) ist dieses nicht auf einmal und durch Eine kaiserliche Constitution bewirkt worden, vielmehr nach und nach (paulatim), sowohl durch Gewohnheitsrecht (tam ex usu hominum) als durch Verbesserung durch Constitutionen (quam ex constitutionum emendationibus). Diesem entgegen hat man die Worte der Institutionen, constitutum est, auf Eine Constitution beziehen wollen, wodurch diese Verschmelzung erfolgt sei; welche Constitution dies aber sei, darüber sind die Meinungen verschieden. Die von Constantius und Constans herrührende L. 15. C. VI. 23., welche von Cujacius dafür gehalten wird[249]), kann diese Constitution nicht sein, da sie nur den Unterschied zwischen verba imperativa und inflexa bei der Erbeinsetzung aufhebt und die Erbeinsetzung, sie sei mit diesen oder jenen Worten geschehen, für giltig erklärt. Die Meisten halten die Novelle des Kaisers Theodosius II.[250]) für diejenige Constitution, auf welche sich jene

---

244) Cicero, in Verr. Act. II. Lib. I. cap. 45.

245) Die verschiedenen Erklärungsversuche s. bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 264—266.

246) So erklärt es Glück a. a. O. S. 266.

247) Vgl. die ausführl. Beweisführung bei Savigny, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. I, S. 82—91, wozu noch die von Hänel aus einer Handschrift des Breviarium am Schlusse vollständig restituirte Constitution von Theodosius II., L. 7. §. 2. fin. Th. C. IV. 4. (ed. Haenel p. 368. sq.) hinzukommt. Ueber das Nebeneinanderbestehen der beiden Testamente und ihre Verschiedenheit in Form und Wirkungen s. auch Dernburg, Beiträge S. 239—249.

248) §. 3. Inst. II. 10.

249) Cuiacius, Comm. ad L. 1. et 20. D. 28. 1. (Opp. T. II. p. 204. 210. ed. Hanov. 1602.). Seine Meinung ist gründlich widerlegt von Iac. Gothofredus, Comm. ad L. 1. Th. C. de testam. (T. I. p. 376. sq. ed. Ritteri.)

250) Novell. Theodos. II. Tit. XVI. const. 1. (ed. Haenel p. 60—64.)

Worte der Institutionen: constitutum est, beziehen sollen[251]). Dagegen hat sich Savigny erklärt[252]), gegen welchen sich wieder mehrere Stimmen erhoben haben[253]). Es kann sowohl dieser Streit als überhaupt die historische Entwickelung der allmäligen Annäherung und Vereinigung des civilrechtlichen und prätorischen Testamentes zu Einer Testamentsform als dem hauptsächlich praktischen Zweck dieses Werkes fremd bei Seite gelassen werden. Wir haben uns nur auf das neueste geltende Recht zu beschränken.

Heutige Form eines regelmäßigen Privattestamentes. Die Erfordernisse eines gewöhnlichen Privattestamentes, welche dessen äußere Form ausmachen, sind theils allgemein, zu der regelmäßigen Form eines jeden Privattestamentes, sowohl eines mündlichen als eines schriftlichen, gehörende, theils besondere, blos dem mündlichen oder schriftlichen Testamente eigene.

AA. Allgemeine Erfordernisse. Dazu gehört: 1) die gesetzmäßige Gegenwart von sieben dazu aufgeforderten testamentsfähigen Zeugen. Daß mehr als zwei Zeugen verlangt werden, obgleich deren Aussage sonst einen vollständigen Beweis herstellt[254]), hat nach ausdrücklicher Aeußerung der Gesetze seinen Grund in dem Zwecke, alle Verfälschung zu verhüten und die Gewißheit des letzten Willens dadurch außer allen Zweifel zu setzen[255]). Das Erforderniß von gerade sieben Zeugen hat blos einen historischen Grund. Die Zahl von sieben Zeugen ist von dem prätorischen Testamente entlehnt und bei diesem scheint sie von der Zahl der bei dem Civiltestamente nothwendigen sieben Personen (familiae emtor, libripens und fünf Zeugen) entnommen zu sein. Die Reichsgesetzgebung hat die Zahl von sieben Zeugen für die regelmäßig erforderliche erklärt[256]). Dann wird 2) zu jedem ordentlichen Privattestamente auch Einheit der Handlung (unitas actus) verlangt. Auch dieses Erforderniß ist wohl aus der Mancipation bei dem civilrechtlichen Testamente zu erklären, welche Einmischung einer fremdartigen auf das Testament nicht bezüglichen Handlung nicht zuließ und zu Einer Zeit vollzogen mußte. Die Reichsgesetzgebung bestätigt dieses Erforderniß[257]).

Zu 1). Gesetzmäßige Gegenwart und Eigenschaften der Testamentszeugen. a) Zur gesetzmäßigen Gegenwart der Testamentszeugen wird verlangt aa) daß sie zum Zeugniß bei der

---

251) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 271, N. 38.

252) Savigny a. a. O. S. 82 flg.

253) Heidelberg. Jahrbücher der Literatur von 1815 S. 689—698. Gans, Scholien zum Gajus S. 284.

254) L. 12. D. 22. 5.

255) L. 32. C. VI. 42. verba: Lex etenim — reveletur.

256) Notariatsordnung v. 1512 Tit. von Testamenten §. 7, 8.

257) Notariatsordnung a. a. O. §. 7.

Testamentshandlung besonders aufgefordert werden müssen; gleichviel gilt es, ob sie besonders ersucht worden sind, sich zu diesem Zwecke bei dem Testator einzufinden und zu versammeln oder ob sie, wenn sie etwa aus einer anderen Ursache schon bei dem Testator versammelt sind, von der vor ihnen vorzunehmenden Testamentshandlung benachrichtigt werden[258]). Auch der Ursprung dieser rogatio testium wird nicht ohne Grund aus der Mancipationsform bei dem Testament per aes et libram hergeleitet. Die rogatio testium ist nothwendig, theils um die Zeugen von der Absicht des Testators, zu testiren, zu unterrichten und sie zu der vorzunehmenden Testamentshandlung vorzubereiten, theils um den ernstlichen Willen, ein Testament zu machen, hierdurch an den Tag zu legen. Ist keine rogatio testium geschehen, so ist das Testament ungiltig und die Erklärung des Testirers vor noch so vielen Mannspersonen, wer sein Erbe sein solle, genügt nicht. Geht das besondere Ersuchen an die Zeugen, der Testamentshandlung als Zeugen beizuwohnen, aus dem Testamente selbst hervor, z. B. die Zeugen haben dies bei der Unterschrift bemerkt, so bedarf es einen weiteren Beweises nicht. Bei einem schriftlichen Testamente ist aus der Unterschrift und Untersiegelung desselben durch die Zeugen, daß die Rogation geschehen sei, bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen, weil nicht anzunehmen ist, daß die Zeugen die Unterschrift und Untersiegelung der Testamentsurkunde bewirkt haben würden, wären sie nicht speciell von dem Zwecke ihrer Zuziehung in Kenntniß gesetzt worden. Außer diesem Falle ist die rogatio testium, als ein factischer Umstand, nicht zu vermuthen, sondern von demjenigen zu beweisen, welcher einen Anspruch aus einem Testamente verfolgt, dessen Giltigkeit gerade von der Beobachtung dieser Form abhängt. Die Meinung, daß die rogatio testium im Zweifel immer von dem Erben zu beweisen sei, ohne Unterschied, ob das Testament ein schriftliches oder mündliches sei, verdient keine Billigung. Es ist vielmehr zu unterscheiden, ob Jemand ein Recht aus einem Testamente verfolgt, dessen Giltigkeit von diesem Umstande abhängt oder ob er das Testament wegen Mangels dieses Umstandes als ungiltig ansieht. Im ersten Falle ist das Dasein der Rogation von dem zu erweisen, der aus dem Testamente Rechte verfolgt, außer bei dem schriftlichen Testamente, wo die oben erwähnte Vermuthung bis zum Beweise des Gegentheiles eintritt; im zweiten ist der Mangel dieses Erfordernisses von demjenigen darzuthun, welcher darauf einen Anspruch stützt[259]). Es ist übrigens nicht nöthig, daß die Rogation von dem Testirer selbst ausgehe; sie kann auch mit seiner Bewilligung und in seinem Namen von einem Dritten geschehen, z. B. von einem Notar, welcher zur Testamentshandlung zuge-

---

258) L. 21. §. 2. D. 28. 1. Notariatsordn. a. a. O. §. 3. Vgl. Danz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IX, S. 233 flg. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 287.

259) L. 11. C. IV. 19. Borst, über die Beweislast im Civilproceß §. 69.

zogen worden ist. bb) Die Zeugen müssen sich dergestalt um den Testator befinden, daß sie ihn nicht nur sprechen hören, sondern auch sehen können. Der Grund liegt darin, daß jeder Betrug bei Errichtung des Testamentes verhütet werde; zu diesem Zwecke ist die größere Anzahl Zeugen vorgeschrieben, als sonst bei einem Rechtsgeschäfte erfordert wird[260]). Es entsteht die Frage, ob α) ein Blinder bei einem Testamente Zeuge sein könne[261]). Bei einem schriftlichen Privattestamente wird seine Unfähigkeit nicht bezweifelt. Denn da der Blinde nicht im Stande ist, das zu den Obliegenheiten eines Zeugen bei diesem Testamente Gehörige zu verrichten, nämlich die vom Testirer als seinen letzten Wille vorgezeigte Urkunde zu erkennen, ferner zu sehen, wie der Testirer sie unterschreibt, sodann selbst sie zu unterschreiben und zu siegeln, endlich auch späterhin die Siegel und Unterschriften zu recognosciren, so ist er natürlich bei einem schriftlichen Testamente als Zeuge ausgeschlossen. Dieser natürliche Grund der Unfähigkeit fällt aber bei dem mündlichen Testamente weg, wobei die Functionen der zugezogenen Zeugen in nichts bestehen, was zunächst und wesentlich den Gebrauch des Gesichtssinnes voraussetzt. Dennoch erklären sich viele Juristen unbedingt, auch bei mündlichen Testamenten, für die Unfähigkeit des Blinden als Zeugen[262]), während Andere ihn bei dieser Art der Testamente für einen fähigen Zeugen ansehen[263]). Wir müssen uns für letztere Ansicht erklären. Sollte der Blinde auch da, wo es nichts zu schreiben giebt, als unfähiger Zeuge gelten, so könnte der Grund nur in einer ausdrücklichen, ihn ausschließenden Vorschrift oder in dem sonstigen natürlichen Verhältnisse der Sache

260) L. 32. C. VI. 42. Dieses Erforderniß wird gewöhnlich aus L. 9. C. VI. 23. einem Rescripte Diocletian's und Maximian's abgeleitet. Allein die Worte in conspectu testatoris bedeuten hier in Gegenwart des Testators. Es geht dies theils aus der entsprechenden Basilikenstelle, welche sie in der Synopsis p. 323. und im Cod. Paris. gr. 1367. findet (Basil. XXXV. 2. 8. edit. Heimb. T. III. p. 545.) hervor, wo diese Worte griechisch ἐπ' ὄψεσι τοῦ διαθεμένου wiedergegeben werden, theils dient zur Erklärung die L. 12. C. VI. 23., wo ganz in demselben Zusammenhange der Ausdruck coram testatore gebraucht wird. Der Sinn beider Gesetze ist, daß die Zeugen das, was sie bei Errichtung des Testamentes als Zeugen zu verrichten haben, in Gegenwart des Testators thun sollen; sie müssen das Testament nicht nur, während sie noch bei dem Testator sind, unterschreiben, sondern auch besiegeln. Am bestimmtesten geht dieser Sinn aus L. 3. §. 2. Th. C. IV. 4. hervor. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 292 flg. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 60 flg.

261) Vgl. über diese Frage Glück a. a. O. S. 295 flg. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 58 flg. Beide führen auch die ältere Literatur darüber an.

262) J. B. Koch, diss. de conspectu testatoris ad L. 9. C. de testamentis. Giess. 1755. Siehe ferner die Citate bei Glück a. a. O. S. 295, N. 88, der selbst dieser Ansicht folgt.

263) Marezoll a. a. O. S. 59 flg. u. früher Matthias, diss. de testimonio coeci et surdi in testam. Erf. 1693. Laurich, diss. de coeco idoneo in test. fact. teste. Lips. 1773. Lehr, über die Frage, ob ein Blinder bei Testamenten Zeuge sein könne, in Hagemann und Günther, Archiv für die theor. und prakt. Rechtsgelehrs. Bd. V, N. 10.

liegen. Keins von beiden ist der Fall. Während nach bestimmter Vorschrift Taube und Stumme, wegen des ihnen mangelnden Sinnes, keine fähigen Testamentszeugen sind [264]), existirt hinsichtlich der Blinden keine solche Bestimmung. Nur indirect soll die Ausschließung des Blinden in der Vorschrift liegen, daß die Zeugen in conspectu testatoris das, was sie als Zeugen zu thun haben, verrichten sollen, was man so erklärt, daß die Zeugen den Testator sehen müßten. Es ist aber bereits in einer Note bemerkt worden, daß diese Worte hier heißen: in Gegenwart des Testirers, so daß also der Testirer die Zeugen, während sie als solche fungiren und unterschreiben, sehen und im Auge behalten soll [265]). Auch liegt in der Natur der Sache kein Grund, welcher zu der Annahme der Unfähigkeit eines Blinden als Zeugen bei mündlichen Testamenten nöthigte. Denn sowie das Wesen der Solennität von Seiten der zuzuziehenden Zeugen bei dem schriftlichen Testamente auf dem Unterschreiben und Siegeln der Testamentsurkunde beruht, also freilich zu diesem Zwecke sehende Zeugen voraussetzt; so beruht das Wesentliche bei der Solennität eines mündlichen Testamentes von Seiten der Zeugen darauf, daß sie den vom Testirer mündlich ausgesprochenen Inhalt des letzten Willens hören, setzt also zu diesem Zwecke zunächst nur des Hörens fähige Zeugen voraus. Die Hauptverordnung über das mündliche Testament [266]) erwähnt daher auch den Umstand, daß die Zeugen den Testirer sehen müßten, mit keinem Worte. Man hat zwar sich wohl auch darauf berufen, daß der Blinde schon deshalb ein unfähiger Testamentszeuge sein müsse, weil er nicht im Stande sei, sich von der Identität der Person des Testirers zu überzeugen. Allein es kann auch ein Blinder, wenn er nur sonst den Testator genauer gekannt hat, sich durch den Gebrauch seiner übrigen Sinne von dieser Identität recht wohl überzeugen. Abgesehen hiervon kann es nicht als Sache und Pflicht der Testamentszeugen angesehen werden, sich von der Identität der Person des sie rogirenden Testirers zu überzeugen. Sonst würden nur solche, welche den Testator vorher persönlich gekannt haben, als Testamentszeugen tauglich sein. Allein kein Gesetz verlangt solches und es wird auch nicht beobachtet und kann nicht beobachtet werden, z. B. wenn ein durchreisender Fremder an dem Orte, wo er erkrankt und testiren will, keine persönlichen Bekannte hat. Daß die gewöhnlichen Testamentszeugen nicht persönliche Bekannte des Testirers sein müssen, ergiebt sich schon daraus, daß erst Justinian in einer späteren Novelle als etwas Besonderes bestimmt, die Zeugen, welche von den Schriftunkundigen bei der schriftlichen Abfassung von Verträgen zuzuziehen sind, dürften den Contrahenten nicht unbekannt sein [267]). Der etwa möglicherweise nach dem

264) §. 6. Inst. II. 10.
265) L. 3. §. 2. Th. C. IV. 4.: ut et praesentes videant subscriptores.
266) L. 26. C. VI. 23.
267) Nov. 73. cap. 8.

Tode des Testirers entstehende Streit und Zweifel über die Identität seiner Person ist auf die gewöhnliche Weise und durch die gewöhnlichen Mittel zu heben. Es verhält sich damit gerade so, wie mit manchen anderen möglicherweise entstehenden Zweifeln; z. B. über die Testirfähigkeit des Testirers, über welche unter Umständen freilich die Aussagen der zugezogenen Testamentszeugen entscheiden und als Beweismittel gelten können. Hiernach ist ein Blinder bei mündlichen Testamenten ein giltiger Zeuge, und selbst die Frage, ob vor sieben blinden Zeugen mündlich testirt werden könne, ist der Consequenz wegen zu bejahen. Nur das mündliche Testament eines Blinden selbst macht eine Ausnahme, theils weil es, obgleich es im Wesentlichen ein mündliches bleibt, doch noch von Seiten der Zeugen Verrichtungen erfordert, welche nur Sehende übernehmen können, theils weil ausdrücklich verordnet ist, daß das, was dabei vorgeht, vor den Augen der Zeugen, sub obtutu septem testium, — tot oculis spectata, vor sich gehen solle[268]. Hiernach ist auch β) eine andere, mit der bisherigen verwandte Frage zu beantworten, nämlich die, ob es wesentlich nothwendig sei, daß sämmtliche Zeugen, auch wenn sie, ihren Sinneswerkzeugen nach, sehen können, während der ganzen Testamentshandlung immer den Testirer im Auge behalten und fortwährend wirklich sehen. Man behauptet zwar gewöhnlich, daß ein Testament schlechterdings ungiltig sei, wenn sich der Testator vor den Zeugen nicht sehen ließ, sondern hinter einer spanischen Wand oder im Bette mit zugezogenen Gardinen lag (sog. testamentum cordinatum, occultum, velatum)[269]. Die Oertlichkeit muß, wie bei dem zweiten allgemeinen Erfordernisse zu erwähnen sein wird, so beschaffen sein, daß sie den Zeugen im allgemeinen die Möglichkeit, den Testirer zu sehen, gewähren muß. Daraus folgt aber nicht, daß jene Frage zu bejahen sei. Denn nirgends ist es gesetzlich vorgeschrieben, weder direct, noch indirect durch die angeordnete Einheit des Ortes, daß die Zeugen während der ganzen Testamentshandlung immer den Testirer im Auge behalten und fortwährend wirklich sehen müssen. Auch wenn der kranke Testator etwa im Bette hinter einer spanischen Wand liegen sollte, weil er gegen Zug oder gegen den Schein des Lichtes bewahrt werden muß, oder wenn einige Zeugen bei der Testamentshandlung selbst so stehen oder sitzen, daß sie den Testator zufälligerweise nicht sehen können, so sind sie dennoch trotz des Testators und der Zeugen ibidem, uno eodemque loco collecti, sowie die Zeugen in conspectu testatoris, d. h. nach der allein richtigen Erklärung, in Gegenwart des Testators[270]. Nur wenn der Testator absichtlich hinter einer spanischen Wand oder in einem Bette mit zugezogenen Gardinen sich verbirgt, um sich dem Anblicke der Zeugen zu entziehen, eine Absicht, welche indessen immer nachgewiesen werden muß,

---

268) L. 8. C. VI. 22.
269) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 307.
270) Marezoll a. a. O. S. 67 flg.

dann aber offenbar ist, wenn den Zeugen, welche den Testator von Angesicht sehen wollen, nicht einmal der Zutritt zu demselben, um ihn zu sehen, z. B. das Aufheben der Bettgardinen, verstattet wird, läßt sich die Ungiltigkeit des so errichteten Testamentes mit Grund behaupten. *γ)* Ein Testament, welches zur Nachtzeit, ohne daß das Zimmer, in welchem sich der Testator mit den Zeugen befand, durch Licht erhellt war, errichtet ist, muß nicht blos für verdächtig, sondern für ungiltig gehalten werden, weil es an der Gewißheit des letzten Willens fehlt[271]). Es folgt dies daraus, daß nach dem bereits Bemerkten den Zeugen die Möglichkeit gewährt sein muß, den Testirer zu sehen, diese aber nicht gewährt ist, wenn bei der Errichtung des Testamentes zur Nachtzeit kein Licht angezündet wird; es folgt aber ebenso daraus, daß auch der Testator die Zeugen sehen können muß, wovon ebenfalls zur Nachtzeit, in Ermangelung von Erhellung des Zimmers durch Licht, keine Rede sein kann. Die Errichtung eines Testamentes zur Nachtzeit ist an sich zulässig[272]); die Reichsgesetzgebung verbietet aber den Notarien, daß sie nicht bei Nacht, außer ehehaftigen Nothsachen, Instrumente machen, weil solches nicht ohne Verdächtigkeit geschehe[273]). cc) Die Zeugen müssen auch frei und ungezwungen der Testamentshandlung beiwohnen[274]). Was von allen Zeugen gesagt ist, gilt auch von jedem Einzelnen. Es darf also kein Einziger wider seinen Willen einer Testamentshandlung als Zeuge beizuwohnen genöthigt werden, sonst ist das ganze Testament nichtig. b) E i g e n s c h a f t e n d e r T e s t a m e n t s z e u g e n. Die Testamentszeugen müssen nicht nur überhaupt glaubwürdige und unbescholtene Personen sein, sondern auch die zu einem giltigen Testamentszeugen erforderlichen Eigenschaften besitzen. Zu den letzteren gehört *α)*: sie müssen männlichen Geschlechtes sein; Frauen sind ausgeschlossen[275]), was aus der Geschichte des Privattestamentes und der Mancipationsform zu erklären ist, sowie auch Hermaphroditen, wenn bei ihnen die Kennzeichen des weiblichen Geschlechtes überwiegen[276]). *β)* Die Testamentszeugen müssen mündig sein, d. h. das 14. Lebensjahr zurückgelegt haben[277]). Die Unfähigkeit der Unmündigen ist ebenso wie die der Frauenspersonen aus dem Testamente per aes et libram zu erklären[278]), sowie darin überhaupt noch jetzt größtentheils die Eigenschaften der Zeugen ihre Erklärung

---

271) **Glück** a. a. O. Bd. 34, S. 308 flg., der auch in N. 18 andere Schriftsteller dafür anführt.

272) L. 22. §. 6. D. 28. 1.

273) Notariatsordn. v. 1512 Tit. 1, §. 24.

274) L. 20. §. 10. D. 28. 1.

275) §. 6. Inst. II. 10. L. 20. §. 6. D. 28. 1. Notariatsordn. v. 1512 Tit. von Testamenten §. 6.

276) L. 15. §. 1. D. 22. 5. Notariatsordn. a. a. O. §. 6.

277) Notariatsordn. a. a. O. §. 7.

278) Bei demselben waren Frauen und Unmündige unfähig zum Zeugniß. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 7. Für das neueste Recht ist die Unfähigkeit beider zu Testamentszeugen ausgesprochen in §. 6. Inst. II. 10.

finden, soweit sie sich nicht schon aus der Natur der Testamentshandlung ergeben. γ) Testamentszeugen können nur diejenigen sein, welche zu Erben eingesetzt werden können. Die Quellen bedienen sich des Ausdruckes, daß Testamentszeugen diejenigen sein können, cum quibus testamenti factio est[279]). Obgleich dies sowohl Theophilus[280]) als auch die Notariatsordnung[281]) so erklären, daß zu Testamentszeugen sich die eignen, welche sowohl die active als passive Testamentifaction haben, so ist doch nur die sog. passive Testamentifaction hier zu verstehen, da nur von dieser der Ausdruck: cum aliquo est testamenti factio, gebraucht wird. Die Notariatsordnung beruht hier offenbar auf einem bloßen Mißverständnisse des römischen Rechtes, und es kann daher ihre erwähnte Vorschrift, welche bei den Zeugen auch die active Testamentifaction verlangt, in dieser Hinsicht nicht für verbindlich gehalten werden, da etwas neues, vom römischen Rechte abweichendes zu bestimmen, nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. δ) Die Zeugen müssen ferner freie Personen sein. Die Unfähigkeit der Sclaven verstand sich nach römischem Rechte von selbst. Es fällt dies natürlich jetzt weg, da in Teutschland keine Sclaverei mehr existirt. Auch Leibeigene läßt die Reichsgesetzgebung als Testamentszeugen nicht zu[282]). Man hat dies dahin verstehen wollen, daß Leibeigene zwar nicht bei dem Testamente ihres Leibherrn oder einer anderen freien Person, wohl aber bei Testamenten anderer Leibeigenen Zeugen sein können, sofern ihnen gestattet ist, ein Testament zu machen[283]). Richtiger ist aber die Anwendbarkeit dieser Vorschrift in Abrede zu stellen, da sie auf einem Mißverständnisse des römischen Rechtes zu beruhen scheint, die Anwendung des im römischen Rechte von Sclaven Bestimmten auf Leibeigene aber um so bedenklicher ist, als der teutsche Leibeigene in Bezug auf den Staat alle allgemeinen Bürgerrechte hat, völlig erwerbsfähig ist und ihm auch das Recht der activen und passiven Testamentifaction nicht versagt werden kann, sofern nicht die besonderen Eigenthumsordnungen und Landesgesetze etwas anderes bestimmen. ε) Die Zeugen müssen ferner nicht nur den Gebrauch ihres Verstandes, sondern auch den Sinn des Gesichtes,

---

279) §. 6. Inst. II. 10.: Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Es rührt dies vom testamentum per aes et libram her. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 2.: et non minus, quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.

280) Theophil. Paraphras. ad Inst. Lib. II. Tit. 10. §. 6.: *Ἐκεῖνοι πρὸς μαρτυρίαν παραλαμβάνεσθαι δύνανται, μεθ' ὧν ἔχομεν τεσταμέντι φακτίονα, τουτέστιν, οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι καὶ γράφειν ἡμᾶς.*

281) Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 6: Denn viel seynd in Rechten zu solcher Zeugniß verboten, als gemeiniglich alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen, oder aus Testament etwas empfahen.

282) Notariatsordn. a. a. O. §. 7.

283) Stryk, usus. modern. Pandect. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 17. und de cautel. testamentor. cap. XV. §. 20.

bezüglich des Gehöres haben. Daher sind Wahnsinnige unfähig, außer in lichten Zwischenräumen, wo sie giltige Testamentszeugen sind[284]). Den Wahnsinnigen stehen auch hier gerichtlich erklärte Verschwender gleich[285]). Der Grund, welcher für die Unfähigkeit der letzteren als Testamentszeugen angegeben wird, nämlich der Mangel der Fähigkeit zu testiren (cum neque testamenti factionem habeat), ist eigentlich nicht richtig; der wahre Grund liegt vielmehr in dem Ursprunge der neueren Form der Privattestamente in dem testamentum per aes et libram und in der dabei angewendeten Mancipation, welcher Niemand beiwohnen konnte, welchem das commercium entzogen war, was bei den gerichtlich erklärten Verschwendern durch die Interdiction geschah. Die Blinden sind, wie bereits erwähnt wurde, nur bei schriftlichen Testamenten unfähig als Zeugen, nicht aber bei mündlichen. Taube und Stumme waren sowohl bei dem testamentum per aes et libram unfähig als Zeugen[286]), als sie es auch bei dem neueren Privattestamente noch sind[287]). Manche wollen zwar die Tauben nur bei mündlichen Testamenten ausschließen, bei schriftlichen hingegen sie als giltige Zeugen zulassen, weil die Zeugen bei einem schriftlichen Testamente mit dessen Inhalte nicht bekannt zu sein brauchten, vielmehr nur verlangt werde, daß der Testirer in ihrem Beisein erkläre, daß die ihnen zur Unterschrift und Besiegelung vorgelegte Urkunde sein Testament sei, wozu aber kein Gehör erfordert werde, weil der Taube hier schon aus der Handlung des Testirers abzunehmen im Stande sei, was ihm dabei zu thun obliege; deshalb sei es auch nicht nöthig, daß die Zeugen bei einem schriftlichen Testamente die Sprache des Testators verstünden[288]); es sei aber gleichviel, ob Jemand nicht hören könne oder das, was er hört, nicht verstehe[289]). Allein Taube waren schon vor Justinian keine fähigen Testamentszeugen, obschon sowohl das testamentum per aes et libram als das prätorische Testament schriftlich waren[290]). In den Institutionen ist nichts geändert worden. Gerade da, wo in den Institutionen die Unfähigkeit der Stummen und Tauben als Testamentszeugen ausgesprochen wird, ist die Rede von schriftlichen Testamenten[291]). Die Notariatsordnung

---

284) L. 20. §. 4. D. 28. 1.

285) L. 18. pr. D. 28. 1. §. 6. Inst. II. 10.

286) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 7.

287) §. 6. Inst. II. 10.

288) L. 20. §. 9. D. 28. 1.

289) Dieser Meinung sind Walch, introduct. in controvers. iur. civ. Sect. II. cap. IV. Membr. III. §. 10. Valett, Lehrb. des prakt. Pandektenrechtes Bd. 3, §. 965.

290) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 7.

291) §. 6. Inst. II. 10. Daß hier von schriftlichen Testamenten die Rede sei, geht aus §. 14. eod. hervor, wo es heißt: Sed haec quidem de testamentis, quae in scriptis conficiuntur, was sich auf alles Vorhergegangene bezieht. Noch bestimmter sagt dies Theoph. Paraphr. Inst. Lib. II. Tit. 10. §. 14. p. 345. ed. Reitz.

gedenkt der Tauben und Stummen unter den unfähigen Testamentszeugen ebensowenig als der Wahnsinnigen, Verschwender und Blinder; sie weist aber die Notarien, wenn sie bei Errichtung von Testamenten gebraucht werden, überhaupt an, darauf zu sehen, „wen oder was Leut sie zu Zeugen darzu nehmen, denn viel sind in Rechten zu solchen Zeugniß verboten“ [292]). Sie nimmt hier auf das römische Recht Bezug, und die Notarien dürfen also keinen als Zeugen bei Testamenten zulassen, den das römische Recht davon ausschließt. Die Notariatsordnung rathet sogar dazu: „daß zu Zeiten über die nothdürftige Anzahl der Zeugen andere mehr dazu für Zeugen genommen und gebeten werden, damit, ob der andere etliche von Recht darzu verworfen erfunden, das Testament dadurch nicht zu Unkräften kommen möge“ [293]). ζ) Die Testamentszeugen dürfen auch keine solchen Personen sein, welche die Gesetze für unwürdige Bürger erklären und ihnen damit zugleich die Fähigkeit entziehen, etwas als Bürger durch ihr Zeugniß zu bekräftigen oder durch Anderer Zeugniß bekräftigt zu erhalten; sie dürfen nicht improbi und intestabiles sein [294]). Dazu gehören: *αα*) die wegen Ehebruch Verurtheilten [295]); *ββ*) die wegen des crimen repetundarum Verurtheilten, wenigstens nach der Meinung des Paulus [296]); *γγ*) die wegen Pasquilles Verurtheilten [297]). Die Unfähigkeit der Ketzer und Apostaten, welche noch im Justinianeischen Rechte anerkannt ist [298]),

---

292) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 6.

293) Notariatsordn. a. a. O. §. 6 a. E.

294) L. 6. Inst. II. 10.

295) L. 14. D. 22. 5.

296) L. 15. D. 48. 11. Mit dieser Stelle des Paulus steht die Aeußerung Ulpian's in L. 20. §. 5. D. 28. 1. im Widerspruch; denn während Paulus den lege repetundarum damnatus unbedingt sowohl als Testamentszeugen wie als bloßen Beweiszeugen ausschließt, läßt ihn Ulpian als Testamentszeugen zu, weil er nur vom gerichtlichen Zeugniß ausgeschlossen sei. Man hat in der letzteren Stelle durch das Einschieben der Negation helfen wollen, so daß man statt adhiberi posse zu lesen habe: adhiberi non posse. Allein die Florentinische Lesart: adhiberi posse, wird auch durch die Autorität der Basiliken unterstützt, in welchen die Stelle Ulpian's so wiedergegeben wird: *Ὁ καταδικασθεὶς ἐπὶ τῇ ἐν τῷ ἄρχειν ἀδίκῳ κλοπῇ, ἐν διαθήκῃ μαρτυρεῖ, οὐ μὴν ἐν δικαστηρίῳ.* Vgl. Sch. *Ἀνάγνωθι* Basil. T. II. p. 397. ed. Heimb., wo Basil. Lib. XXXV. Tit. 1. cap. 20. them. 6. citirt wird. Auch kann nach dem Zeugniß der Zeitgenossen Justinian's, des Dorotheus im Schol. *Ὁ τῷ Ἰουλίῳ* (Basil. T. II. p. 397.) und des Enantiophanes (derselbe wie der sog. Anonymus, d. h. der Antecessor Julianus) im Schol. *Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς* (Basil. T. II. p. 397.) an der Echtheit der Lesart adhiberi posse nicht gezweifelt werden, da beide die Antinomie ausdrücklich hervorheben. Es bleibt unseres Erachtens nur übrig, eine Verschiedenheit der Meinungen zwischen Ulpian und Paulus anzunehmen. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche s. Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 324—327. Unserer Meinung nach erledigt sich der nicht zu lösende Widerspruch durch die nachher zu erwähnende allgemeine Vorschrift der Nov. 90. cap. 1.

297) L. 18. §. 1. D. 28. 1. L. 21. pr. D. 22. 5. L. 5. §. 9. D. 47. 10.

298) L. 4. C. I. 5. L. 3. C. I. 7.

fällt heutzutage weg. Sehr erweitert ist aber die Unfähigkeit der Testamentszeugen durch eine Novelle Justinian's [299]), wodurch er wegen der Gefahr, die von unzuverlässigen und schlechten Testamentszeugen zu befürchten ist, und wovon er selbst das Beispiel eines von einem Testamentszeugen bei der Abfassung eines Testamentes begangenen falsum anführt, die allgemeine Verordnung getroffen hat, daß nur solche Zeugen genommen werden sollen, welche bonae opinionis sind. *η*) Die Zeugen dürfen weder mit dem Testirer, noch mit dem Erben in dem Verhältniß stehen, daß sie mit ihm Eine Person vorstellen. Daher kann *aa*) der Erbe bei dem Testamente, in welchem er eingesetzt ist, nicht Zeuge sein, in welcher Beziehung Justinian das ältere Recht abänderte, nach welchem zwar der familiae emtor, aber nicht der Erbe, bei dem testamentum per aes et libram als Zeuge unfähig war [300]). Es gilt diese Unfähigkeit jedoch nur vom directen Erben, von diesem aber auch ohne Unterschied, ob er instituirter oder substituirter Erbe, allein eingesetzter oder zu einem idealen Theile eingesetzter Erbe ist. Der Fideicommißerbe ist so wenig unfähig wie Legatare [301]). Justinian hat deshalb eine eigene Constitution erlassen, welche sich im Codex nicht findet, auf welche sich aber in den Institutionen bezogen wird. In den Institutionen wird gesagt: legatariis autem et fideicommissariis, quia non iuris successores sunt, et aliis personis eis coniunctis testimonium non denegamus etc. [302]). Schon früher konnten Legatare und Fideicommissare bei dem Testamente, in welchem sie bedacht worden waren, Zeugen sein [303]). Es ist daher über die Gründe, aus welchen Justinian noch eine Verordnung für nöthig fand, wodurch er die Fähigkeit der Legatare und Fideicommissare als Testamentszeugen widerholt aussprach, viel gestritten worden [304]). Hinsichtlich des Fideicommissars haben zwar Manche [305]) unterscheiden wollen, ob er ein Universal- oder Singularfideicommissar sei und nur letzteren als Testamentszeugen zugelassen, nicht ersteren, weil der Universalfideicommissar ebensogut iuris successor sei, wie der directe Erbe, indem er nach der Restitution der

---

299) Nov. 90. cap. 1.

300) §. 10. Inst. II. 10. In L. 20. pr. D. 28. 1. von Ulpian wird die Unfähigkeit des Erben als Zeugen ebenfalls ausgesprochen, was indessen gewiß auf einer Interpolation beruht, da Ulpian selbst, zu dessen Zeiten das Mancipationstestament noch das gewöhnliche war, nicht so gesprochen haben kann. Die Constitution Justinian's selbst, wodurch er das ältere Recht abänderte, kennen wir nur ihrem Inhalte nach aus den Institutionen.

301) Die ältere Literatur darüber siehe bei Glück a. a. O. Bd. 34, S. 347, N. 25. Unter den Neueren siehe Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. II, S. 189 flg., welcher sich auch für die Fähigkeit des Fideicommißerben entscheidet.

302) §. 11. Inst. II. 10.

303) L. 14. D. 34. 5. Gai. Inst. Comm. II. §. 108. L. 20. pr. D. 28. 1. L. 3. §. 3. Th. C. IV. 4. L. 22. C. VI. 23.

304) Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. 34, S. 350—356.

305) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. S. 357, N. 46.

Erbschaft als Erbe betrachtet werde, loco heredis sei, und alle erbschaftlichen Klagen auf ihn gleichwie auf einen Erben übergingen. Allein die meisten Juristen [306]) haben diesen Unterschied mit Recht verworfen. Abgesehen davon, daß in den Institutionen von fideicommissarii im allgemeinen die Rede ist, ohne zwischen Universal- und Singularfideicommissar zu unterscheiden, und daß nach der Gleichstellung der Legate und Singularfideicommisse unter Justinian streng genommen als Fideicommissar eigentlich nur der Fideicommißerbe bezeichnet werden kann, da unter Legataren Singularfideicommissare mit zu verstehen sind, so ist auch der Fideicommißerbe, ebensowenig wie der Legatar und Singularfideicommissar ein iuris successor in dem Sinne, wie er in der fraglichen Stelle der Institutionen genommen wird. Denn darunter versteht hier Justinian, wie aus dem unmittelbar vorhergehenden §. 10. Inst. II. 10. hervorgeht, einen solchen Erben, welcher dem Testator unmittelbar und iure directo succedirt, zwischen welchem also und dem Testator das testamentarische Hauptgeschäft nach rechtlicher Annahme vorgeht. Es wird aber rechtlich angenommen, daß dieses nicht zwischen dem Testator und Fideicommissar, sondern zwischen dem Testirer und dem Fiduciar, als dem directen Erben, vorgeht. Sowie also bei dem Mancipationstestamente der Erbe deshalb Zeuge sein konnte, weil die familiae mancipatio nach Ulpian's Ausspruch [307]) nicht zwischen ihm, sondern zwischen dem familiae emtor und dem Testator vorging, ebenso kann der Fideicommißerbe auch jetzt Zeuge bei einem feierlichen Privattestamente aus demselben Grunde sein, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi [308]). Auch bleibt ja nach der Restitution der Erbschaft der Fiduciar der wahre Erbe [309]); qui enim ex testamento semel heres extitit, non desinit heres esse [310]). Ein Erbe, welcher auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, gilt neben anderen, entweder auf eine Quote, oder schlechthin eingesetzten Erben als Legatar [311]). Dessen ungeachtet kann er, obwohl dies Manche behaupten, nicht als Zeuge bei dem Testamente, in welchem er eingesetzt wird, zugelassen werden, weil er möglicherweise, wenn kein anderer Erbe neben ihm eingesetzt ist oder die eingesetzten wegfallen, die ganze Erbschaft erhält [312]), also iuris successor wird und die Giltigkeit des Testamentes, wenn der heres ex

---

306) Solche führt an Glück a. a. O. S. 357, N. 48, der auch selbst dieser Meinung ist.

307) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 3.

308) Heres ist aber hier, qui testamento heres instituitur, wie es in L. 20. pr. D. 28. 1. heißt.

309) §. 3. Inst. II. 23.

310) L. 141. §. 1. D. 50. 17.

311) L. 13. C. VI. 24

312) L. 1. §. 4. D. 28. 5. L. 41. §. 8. D. 28. 6. L. 29. D. 36. 1. §. 3. Inst. II. 27.

re certa als Zeuge dabei zugezogen worden wäre, unmöglich davon abhängen kann, ob die neben dem heres ex re certa eingesetzten Erben antreten oder wegfallen. Es kommt dazu, daß der heres ex re certa nur legatarii loco ist; denn er bekommt die Sache, auf welche er eingesetzt ist, so gut wie der Miterbe, unmittelbar vom Testator titulo heredis und hat daher, um solche zu erhalten, gegen den Miterben die actio familiae erciscundae[313]. $\beta\beta$) Gleich dem eingesetzten Erben können weder diejenigen, welche sich in dessen Gewalt befinden, noch sein Vater, welcher ihn in der Gewalt hat, noch seine mit ihm in desselben Vaters Gewalt befindlichen Brüder Zeugen bei dem Testamente sein[314]. Derselbe Grund der juristischen Einheit der Person bewirkt $\gamma\gamma$) daß weder der filiifamilias des Testirers, noch der Vater des Testirers, welcher ihn in der Gewalt hat, noch endlich die mit dem Testirer in der Gewalt desselben Vaters befindlichen Personen bei dem Testamente Zeugen sein können. Es war dies schon bei dem Mancipationstestamente unzulässig[315]) und ist in den Institutionen in Bezug auf die neueren Privattestamente ausgesprochen worden[316]). In Bezug auf ein Testament, welches ein filiusfamilias über sein castrensisches Peculium errichtet, war die Frage, ob der Vater dabei Zeuge sein könne, unter den römischen Juristen streitig. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden. Ist der Sohn noch im Kriegsdienste, so kann er militärisch testiren. Ist er ohne Schimpf des Kriegsdienstes entlassen worden, so muß er über das castrensische Peculium nach gemeinem Rechte testiren. In letzterem Falle erklärt Gajus den Vater sowohl als den in dessen Gewalt befindlichen Bruder für unfähige Testamentszeugen[317]), und Justinian hat dies in den Institutionen wiederholt[318]). Der entgegengesetzten Meinung war nach einer Digestenstelle Marcellus, dem auch Ulpian beistimmt[319]). Es ist hier ein Widerspruch zwischen Institutionen und Pandekten vorhanden, welcher nach der gewöhnlichen Ansicht dadurch zu beseitigen ist, daß ein Vorzug der Institutionen vor den Digesten angenommen wird[320]). Da aber nach der erklärten Absicht Justinian's keine Widersprüche zwischen seinen Rechtsbüchern vorhanden sein sollten, so bleibt nichts übrig, als jenen Widerspruch im Sinne Justinian's so aufzulösen, daß man die Digestenstelle von dem Falle versteht, wenn der Sohn als Soldat testirt, während die Institutionen von dem Falle sprechen, wenn das Testament nach der Entlassung aus dem Kriegs-

313) L. 35. pr. D. 28. 5. L. 1. Cod. Gregorian. de familiae erciscundae et communi dividundo (III. 4. (6.)) ed. Haenel p. 20.

314) §. 10. Inst. II. 10. Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 6.

315) Gai. Inst. Comm. II. §. 105. 106.

316) §. 9. Inst. II. 10.

317) Gai. l. c. §. 106.

318) §. 9. Inst. II. 10.

319) L. 20. §. 2. D. 28. 1.

320) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 369—372 und die daselbst in N. 83 Angeführten.

dienste errichtet wird[321]). Das Verhältniß der väterlichen Gewalt kommt bei den Zeugen nur so weit in Betracht, als dasselbe zwischen ihnen und dem Testator oder dem Erben stattfindet. Unschädlich und ohne Einfluß auf die Fähigkeit der Testamentszeugen ist es, wenn sie unter sich in einem solchen Verhältniß der väterlichen Gewalt stehen[322]). — Uebrigens ist es unzweifelhaft, daß derjenige, welcher im Auftrage des Testators das Testament geschrieben hat, auch zugleich als Testamentszeuge gebraucht werden könne; nur muß er das Testament mit unterschrieben haben[323]). Es ist dies auch nach der Notariatsordnung außer Zweifel, da nach derselben der Notar, welcher zu einem Testamente zugezogen worden ist, zu den sieben Zeugen mitgezählt werden soll[324]). — Was die Zeit betrifft, auf welche bei Beurtheilung der Fähigkeit der Testamentszeugen zu sehen ist, so ist diese die Zeit der Testamentserrichtung. Es schadet also die erst nach der Testamentserrichtung eintretende Unfähigkeit des einen oder anderen Zeugen der Giltigkeit des Testamentes nichts, wenn nämlich dasselbe schriftlich errichtet worden ist, weil die Zeugen schon durch ihre Unterschrift und Siegel ihr Zeugniß abgelegt haben. Von dem Falle eines schriftlichen Testamentes reden die Gesetze allein[325]). Allein auch bei mündlichen Testamenten gilt, was die Eigenschaften der Zeugen als Testamentszeugen betrifft, dasselbe. Die bei einem mündlichen Testamente zugezogenen Zeugen legen ihr Zeugniß erst dann ab, wenn nach dem Tode des Testators die Frage von dem Dasein eines giltigen Testamentes entsteht und nun aus demselben geerbt werden soll. Hat nun einer der Zeugen eine solche Veränderung erlitten, welche ihn jetzt zu einem Testamentszeugen unfähig machen würde, so verliert das Testament seine Giltigkeit nicht, insofern nicht über dessen Inhalt und Gewißheit gestritten wird, sondern es blos darauf ankommt, ob ein Zeuge zur Zeit der Testamentserrichtung die erforderliche Fähigkeit als Testamentszeuge gehabt habe. Ist hingegen die Frage, ob auch der Inhalt des Testamentes durch einen solchen Zeugen vor Gericht dargethan werden könne, so ist zu unterscheiden, ob der Testamentszeuge, der inzwischen eine Veränderung seines Zustandes erlitten hat, doch noch die Eigenschaften eines giltigen Beweiszeugen hat oder nicht. Im ersteren Falle thut die Veränderung in der Person eines Testamentszeugen der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag, wohl aber im letzteren. Es hat zwar nicht an Juristen gefehlt, welche

321) Vgl. Schrader §. 9. Inst. II. 10. (ed. Corp. Iur. civ. T. I. p. 294.) Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 145, 2. Ausg. Schon ältere bei Glück a. a. O. S. 369, N. 79 angeführte Juristen haben diesen Weg der Vereinigung versucht.

322) §. 8. Inst. II. 10. L. 17. D. 22. 5. L. 22. pr. D. 28. 1. Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 6.

323) L. 27. D. 28. 1. von Celsus, daher quaestio Domitiana und responsio Celsina.

324) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 2.

325) L. 22. §. 1. D. 28. 1.

auch im letzteren Falle einen solchen Testamentszeugen deshalb für einen giltigen Beweiszeugen halten, weil man bei Beurtheilung der Giltigkeit der Testamentszeugen blos auf die Zeit der Testamentserrichtung zu sehen habe [326]). Es ist dies aber unrichtig; denn bei einem giltigen Beweiszeugen ist schlechterdings darauf zu sehen, ob er zu der Zeit der Ablegung des Zeugnisses vor Gericht die zu einem giltigen Beweiszeugen erforderlichen Eigenschaften besitzt [327]). Ist aus Irrthum einer von den Testamentszeugen zur Zeit der Testamentserrichtung für fähig gehalten worden, während er doch in der That unfähig war, so schadet dies der Giltigkeit des Testamentes dann nicht, wenn der Zeuge damals allgemein für das angesehen worden war, wofür er sich ausgab. Es existirt hierüber zwar nur eine Bestimmung in einem Rescripte Hadrian's [328]) in dem Falle, wenn ein irrthümlich für frei gehaltener Sclave sich unter den Testamentszeugen befindet oder dies mit mehreren oder allen Testamentszeugen der Fall ist; eine Bestimmung, die auch in den Institutionen unter weiterer Anführung eines Rescriptes von Sept. Severus und Antoninus Caracalla darüber erwähnt wird [329]), und es kann deshalb gezweifelt werden, ob diese specielle Bestimmung auch auf andere Fälle anzuwenden sei. Die gewöhnliche Meinung ist entschieden für diese Ausdehnung [330]).

Zu 2. Einheit der Handlung [331]). Die gesetzlich vorgeschriebene Einheit des Testirens, bald unitas actus, bald unitas actus et temporis genannt, bezieht sich auf vier verschiedene Verhältnisse, Ort, Tag, Zeit und Rechtsact, und es tritt erst durch ihre genaue Sonderung das Wesen jeder einzelnen Einheit recht scharf hervor. Es ist daher jede dieser vier Einheiten, die des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes besonders zu betrachten. Die Einheit des Ortes hat im allgemeinen die wenigste Schwierigkeit. Sie besteht darin, daß sämmtliche rogirte Zeugen mit dem Testator an demselben Orte, zum Zwecke des Testirens versammelt sind und während des ganzen Testiractes versammelt bleiben. Der jetzt dafür gebräuchliche Ausdruck unitas loci kommt in den Quellen nicht vor; wohl aber finden sich verschiedene Umschreibungen. Diese Einheit des Ortes hängt, wenigstens mittelbar, zusammen mit der Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Sehens und Gesehenwerdens von Seiten des Testirers und der Zeugen, indem diese

326) So Cuiacius, Comm. ad Dig. L. XXVIII. Tit. 1. ad L. 22. §. 1. (Opp. ab ipso Cuiacio edit. Tom. II. p. 213.) Ihn widerlegt Duarenus, Comm. in Tit. Dig. Qui testam. facere possunt. Cap. VI. de testibus in testamento idoneis (Opp. p. 326. sq.)

327) L. 2. 3. D. 22. 5. Vgl. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 339—341.

328) L. 1. C. VI. 23.

329) §. 7. Inst. II. 10.

330) Mit Recht wegen L. 3. pr. D. 14. 6. Vgl. Glück a. a. O. S. 341—343. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 146.

331) Vgl. darüber besonders Marezoll, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 54—99, dem wir folgen.

Möglichkeit zum Theil mit durch die Oertlichkeit bedingt ist. Allein beides fällt dennoch nicht ganz und unbedingt zusammen. Es fragt sich nämlich erstens, ob überall, wo die Zeugen und der Testirer sich, der Oertlichkeit nach, wirklich sehen oder wenigstens möglicherweise sehen könnten, auch die Einheit des Ortes gewahrt erscheine. Dies ist aber zu verneinen. Denn ibidem, uno eodemque loco collecti, bei einander und an derselben Stätte versammelt, sind, sowohl nach dem natürlichen Begriffe als nach der grammatischen Bedeutung und nach dem Geiste des Gesetzes, nur diejenigen, welche in einem und demselben Local, welches auf dem gewöhnlichen Wege eine ganz freie, ungehinderte und offene Communication der Personen untereinander zuläßt, vereinigt sind, welche also, wenn sie nur sonst die nöthigen Sinne haben, sich ungehindert wahrnehmen, einander nähern, mit einander sprechen, sich sehen, berühren können u. s. w. Nun ist es aber sehr wohl möglich, daß Personen, welche, der Oertlichkeit nach, nicht im Stande sind, auf die angegebene Art frei und ungehindert mit einander zu verkehren, dennoch sich sehen können oder auch sich wirklich sehen. Umgekehrt wird die Einheit des Ortes nicht nothwendig und immer gestört durch Vertheilung der Personen in ursprünglich verschiedene Locale, welche aber im vorliegenden Falle auf eine natürliche, zweckmäßige Weise so mit einander in Verbindung gebracht sind, daß sie eine durchaus freie und ungehinderte Communication der Personen mit einander zulassen. Die Grenzen, wie weit dies gehe, lassen sich nicht im allgemeinen angeben; vieles ist dabei der vernünftigen Beurtheilung des einzelnen Falles und seiner Umstände überlassen. Selbstverständlich muß die Oertlichkeit eine solche sein, daß der Testator die in den verschiedenen Zimmern versammelten Zeugen sämmtlich von dem Orte aus, wo er sich befindet, nöthigenfalls übersehen kann. Es hängt dies mit folgendem zusammen. Es fragt sich nämlich zweitens, ob es ein wesentliches Erforderniß zur Giltigkeit des Testamentes sei, daß die versammelten Zeugen und der Testator sich wirklich wechselseitig oder wenigstens der Testator die Zeugen oder die letzteren den Testator sehen. Es hängt dies mit der sog. unitas loci wieder eigentlich zunächst nicht zusammen, indem es sehr wohl möglich ist, daß die Zeugen und der Testirer in dem oben angegebenen Sinne uno eodemque loco ibidem versammelt sind, ohne sich zu sehen; es ist dies der Fall, wenn der Testirer oder die Zeugen blind sind. Die Beantwortung der Frage, ob der Testirer nothwendig die Zeugen sehen müsse, ob also auch ein Blinder testiren könne, ist nicht schwierig. Den Blinden ist die Errichtung eines mündlichen Testamentes unter Beobachtung besonderer Förmlichkeiten gestattet[332]), wovon später die Rede sein wird. Dagegen ist schon seit den Glossatoren viel Streit darüber gewesen, ob Blinde fähige Testamentszeugen seien. Diese Streitfrage ist bereits bei der Lehre von den Eigenschaften der Testamentszeugen erörtert worden, daher darauf ver-

332) L. 8. C. VI. 22.

wiesen wird. Was die Einheit der Zeit und insbesondre auch des Tages anlangt, so bedarf es zu deren richtiger Würdigung zuvörderst der Auslegung einiger früherer kaiserlicher Constitutionen. Vor Theodosius II. und Valentinian III. mußte nicht allein die eigentliche Solennisirung des schriftlichen Testamentes durch Unterschreiben und Besiegeln der Urkunde von Seiten der Zeugen, uno tempore et contextu geschehen, sondern es mußte auch das Schreiben der Testamentsurkunde selbst sub unius diei spatio, also an einem und demselben Tage begonnen und vollendet werden. Letzteres Erforderniß wurde von Valentinian III. für den Occident, von Theodosius II. für den Orient aufgehoben, und es soll die Testamentsurkunde auch an verschiedenen Tagen geschrieben, angefangen und vollendet werden dürfen. Außerdem wurde für den Occident verordnet, daß es genügen solle, wenn die eigentliche Solennisirung des Testamentes durch Unterschreiben und Besiegeln von Seiten der Zeugen an demselben Tage, uno die, sub unius diei spatio, wenn auch nicht eodem tempore, nicht ununterbrochen, sondern an verschiedenen Stunden desselben Tages, horis diversis, geschehe[333]). Für den Orient wurde bestimmt, daß zwar die Testamentsurkunde beliebig zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Tagen geschrieben werden dürfe, daß aber die eigentliche Solennisirung des Testamentes durch die Zeugen an demselben Tage und zugleich auch ohne Zeitunterbrechung, uno eodemque die et tempore, geschehen müsse[334]). Diese letzteren, ursprünglich für den Orient bestimmten Vorschriften sind durch Aufnahme in den Justinianeischen Codex[335]) praktisches Recht geworden, während die andere Verordnung, wonach es mit der Einheit der Zeit nicht so streng genommen werden sollte, der Giltigkeit entbehrt. Daraus folgt, daß die eigentliche Solennisirung des Testamentes durch die Zeugen jetzt uno eodemque tempore geschehen muß oder, wie es auch wohl ausgedrückt wird, simul, nec diversis temporibus vel horis, d. h. es muß der eigentliche solenne Act des Testirens, sobald er einmal begonnen ist, ohne dazwischen fallende Pausen, in einer ununterbrochenen Zeitfolge fortgesetzt und beendigt werden. Mit dieser Einheit der Zeit steht zwar die ebenfalls gesetzlich vorgeschriebene Einheit des Tages in sehr genauer Verbindung; sie fällt aber keineswegs mit jener ganz zusammen, und enthält, streng genommen, etwas ganz anderes. Nicht zu billigen ist daher, wenn man mit völliger Uebergehung der Einheit des Tages, immer nur allein von der Einheit der Zeit spricht. Es muß nämlich die Solennisirung des Testamentes nicht blos in einer ununterbrochenen Zeitfolge, sondern auch an demselben Tage, wo sie begonnen

---

333) Novell. Valentinian. III. Tit. XX. de testamentis const. 2. §. 3. 4. (ed. Haenel p. 194. sq.)

334) Novell. Theodosii II. Tit. XVI. const. 1. §. 2. 4. (ed. Haenel p. 61. sq.)

335) L. 21. pr. C. VI. 23. Vgl. die Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 7.

ist, vollendet werden, uno eodemque die, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt, „desselben Tages“ geschehen[336]). Die Einheit der Handlung des Testirens, sog. unitas actus, ist ein Ueberbleibsel der älteren civilrechtlichen Testamentsformen. Das Testament muß uno actu, nullo actu interveniente, vollendet werden[337]). Diese Regel hat den einfachen Sinn: es darf dem Acte des Testirens, sobald er begonnen, bis zu seiner Vollendung, keine andere Handlung, welche nicht zum Testiren selbst gehört und daher als fremdartig erscheint, beigemischt werden. Dieses, jetzt gewöhnlich mit dem Ausdrucke Einheit der Handlung, unitas actus, bezeichnete Erforderniß fällt selbstverständlich mit der Einheit der Zeit und des Tages nicht zusammen. Denn es kann der Act des Testirens der Zeit nach ununterbrochen fortgehen, und doch ist eine Einmischung fremdartiger Handlungen denkbar sowie umgekehrt, auch ohne eine solche Einmischung, eine Zeitunterbrechung möglich ist, indem in den Zeitpausen nichts eigentlich Fremdartiges vorgenommen, sondern nur innegehalten wird. Dabei ist die wichtigste Frage natürlich die, welche Handlungen, als dem Testamente fremdartig, nach dem Ausdrucke der Quellen als actus testamento alieni, deren Einmischung das Testament ungiltig macht, anzusehen seien. Es wird dies nur im allgemeinen bestimmt[338]). Alles, was zum eigentlichen Testamente gehört, omne ad testamentum pertinens, ist kein actus alienus. Es ist dabei kein Unterschied zu machen zwischen Rechtsgeschäften und anderen Handlungen, welche keine Rechtsgeschäfte sind. Die so oft unbedingt und allgemein aufgestellte Behauptung, daß alle andere Rechtsgeschäfte, außer dem Testiren selbst, das Testament ungiltig machen, ist nicht richtig. Denn es giebt auch Rechtsgeschäfte außer dem Testiren selbst, von welchen man sagen kann, daß sie in concreto zum Testamente gehören. Es lassen sich nämlich zwar die direct, unmittelbar und zunächst immer zum Testiren nöthigen Handlungen, z. B. die Rogation der Zeugen, die Erklärung des Testators, daß die vorgezeigte Urkunde seinen letzten Willen enthalte, das Unterschreiben und Siegeln der Zeugen u. s. w. von denjenigen sondern, welche nur indirect, mittelbar und blos zufällig in einzelnen Fällen auf das Testiren Bezug haben. Allein auch die letzteren sind von der Art, daß man sagen kann, sie seien etwas, was zum Testamente gehöre, weil sie ja blos zu dem Zwecke vorgenommen werden, um das Testament errichten zu können, also jedenfalls mit zum Testiren gehören, diesem Acte nicht fremdartig sind. Beispiele von Handlungen, welche nicht eigentliche Rechtsgeschäfte sind und gewiß zum Testamente gehören, sind das Anzünden eines

336) Daß die Ausdrücke: uno tempore und eodem die, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt: desselben Tages und Zeit, nicht gleichbedeutend zu nehmen seien, sondern verschiedene Dinge bezeichnen, darüber vgl. die Ausführung bei Marezoll a. a. O. S. 71—73.

337) §. 4. Inst. II. 10. L. 21. §. 3. D. 28. 1.

338) L. 21. §. 3. D. 28. 1.

Lichtes, das Wiederanzünden des erloschenen Lichtes, das Herbeiholen von Siegellack zum Siegeln der Testamentsurkunde. Beispiele von Rechtsgeschäften, welche mit zum Testamente gehören und dasselbe daher nicht ungiltig machen, sind das Kaufen oder Leihen von solchen Materialien, welche zum Testiren nöthig sind. Nur solche Handlungen, es seien Rechtsgeschäfte oder nicht, erscheinen als actus testamento alieni, welche in keiner Rücksicht, weder schon im allgemeinen, noch im concreten Falle zufällig für das eigentliche Testament so nothwendig sind, daß dessen Errichtung erst durch sie möglich wird. Selbst der Umstand, daß diese Handlungen, welche nicht zum eigentlichen Testiren gehören, vielleicht in anderer Beziehung nothwendig waren, ändert nichts daran; denn nicht das Nothwendige derselben, sondern ihr Zusammenhang mit dem eigentlichen Testamente und dem Testiren selbst macht die Handlung zu etwas, was zum Testamente gehört. Dies geht so weit, daß selbst nothwendige Leibesbedürfnisse, welche der Testator oder die Zeugen während des Testiractes befriedigen müssen, der Strenge nach, zu den fremdartigen Handlungen zu rechnen sind, weil sie gar nicht zum Testamente und Testiracte selbst gehören, sondern nur den Körper des Testirers oder der Zeugen betreffen. Es geht dies deutlich daraus hervor, daß erst Justinian ausdrücklich, als etwas besonderes und als Milderung der strengen Regel, bestimmt hat, es sollten aus Rücksicht für die Naturbedürfnisse[339]) dergleichen Zwischenhandlungen unschädlich sein. Die gesetzlichen Modificationen und Ausnahmen von der Regel sind folgende. 1) Die früheste Modification wird in einem Rescripte Diocletian's und Maximian's gefunden[340]), über dessen wahren Sinn viel gestritten worden ist. Es wird diese Modification jedoch später bei der außerordentlichen Testamentsform zu betrachten sein, indem man in diesem Rescripte das sog. testamentum tempore pestis conditum gefunden hat. 2) Die wichtigsten Modificationen und Ausnahmen von jener Regel beruhen auf einer Verordnung Justinian's[341]). Darin ist bestimmt: a) alle fremdartige Acte und Zeitunterbrechungen, welche unnöthig und überflüssig sind, stören unbedingt, ohne Rücksicht darauf, ob sie groß oder geringfügig sind, lange oder kurze Zeit dauern, die gesetzlich vorgeschriebene Einheit der Handlung und machen das Testament ungiltig. b) Auch an sich nothwendige unvermeidliche Zeitunterbrechungen oder eingemischte fremdartige Handlungen stören, auf eine der Giltigkeit des Testamentes nachtheilige Weise, die Einheit des Testiractes. Nur dann findet eine Ausnahme statt, wenn aa) die Zeitunterbrechung oder die fremdartige Handlung die Leibesnothdurft, den Körper- und Gesundheitszustand des Testirers oder der Zeugen betrifft, indem sie zu dessen Erhaltung nothwendig ist. Darauf beschränken sich alle in

339) L. 28. pr. C. VI. 23.: Sic enim et naturae medemur etc.
340) L. 8. C. VI. 23.
341) L. 28. C. VI. 23.

der Verordnung angeführten Beispiele unschädlicher Unterbrechungshandlungen. Auch die Notariatsordnung drückt sich über diesen Punkt so aus, daß erhellt, sie gestatte, unbeschadet der Giltigkeit des Testamentes, nur solche nothwendige Zwischenhandlungen und Unterbrechungen, welche den körperlichen Zustand und die Leibesnothdurft des Testators und der Zeugen zunächst betreffen [342]). Hieraus folgt, daß alle Unterbrechungen und Zwischenhandlungen, welche durch andere Zeitumstände und Verhältnisse herbeigeführt worden sind, sie mögen noch so unvermeidlich und geringfügig gewesen sein, der Giltigkeit des Testamentes schädlich sind, weil sie nicht zunächst des Leibes Nothdurft betreffen. So allgemein auch eine Ausdehnung dessen, was Justinian und die Notariatsordnung lediglich von der Leibesnothdurft bestimmen, auf andere Zufälle und unvermeidliche Ereignisse angenommen wird, so läßt sich dies doch nicht rechtfertigen. Es steht dies mit den klaren Worten der Gesetze im Widerspruche. Die Gesetze müssen hier eng ausgelegt werden, theils weil sie etwas Besonderes, eine Art Privilegium für gewisse Umstände enthalten, theils weil sie, im Verhältniß zu dem früher geltenden strengen Princip, welches nach Justinian's eigener Angabe im Anfange der Constitution unmittelbar vorher im römischen Rechte gegolten hatte, als correctorische Gesetze erscheinen. bb) Diese, die Leibesnothdurft des Testirers oder der Zeugen betreffende Unterbrechung darf aber, wenn sie der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun soll, auch nicht zu groß, nicht zu bedeutend sein, d. h. nicht lange dauern. Es mangelt freilich an genaueren Bestimmungen darüber, welche Unterbrechungen und Zwischenhandlungen als kleine, welche dagegen als große und bedeutende zu betrachten seien. Keinesfalls dürfen sie von der Art sein, daß infolge derselben das Testirgeschäft sich von dem einen Tage in den anderen hineinzieht. Denn sonst ist das Testament nicht an einem und demselben Tage errichtet, und daß von dieser Einheit des Tages etwas nachgelassen werden solle, wird nirgends bestimmt. Die Beurtheilung im einzelnen Falle ist nur dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassen. cc) Endlich muß sofort nach Beendigung der nothwendigen Unterbrechungshandlung mit dem Testiren fortgefahren werden, da, wo man bei dem Eintritt der Unterbrechung stehen geblieben war. Denn jede längere Zögerung wäre ja eine unnöthige. Unter den angegebenen Voraussetzungen thun die Unterbrechungen der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag und namentlich ist es dabei gleichgiltig, ob, infolge davon, der Testator und die Zeugen während derselben zusammen bleiben oder ob sich der Testator oder die Zeugen eine Zeit lang behufs der Befriedigung irgend einer Leibesnothdurft, welche nach der

---

342) Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 7 — — „alsdann desselben Tages und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, dann allein der Leibesnothdurft halben geschehe und klein — wer". Ebd. §. 9 — „zu einer Zeit und an einer Statt, also, daß kein ander Zeit, dann die klein wer und aus Nothdurft der Natur sich begebe, dazwischen falle".

Natur der Sache oder nach den Regeln des Anstandes nicht füglich an Ort und Stelle geschehen kann, entfernen müssen. Es wird noch besonders von Justinian der Fall hervorgehoben, wenn ein oder mehrere Zeugen sich wegen plötzlichen Uebelbefindens eine Zeit lang entfernen müssen, und dabei ausdrücklich als Beispiel des schon von Diocletian und Maximian entschiedenen Falles gedacht, wenn ein Zeuge von der Epilepsie (morbus comitialis) befallen wird. In allen solchen Fällen soll dann die Rückkehr des Zeugen abgewartet werden. Sollte sich jedoch diese zu lange verzögern, z. B. wenn das Uebelbefinden des Zeugen sich nicht gleich geben will oder die Schwäche des Testirers ist so groß, daß Gefahr bei jedem weiteren Verzuge eintritt, indem die Beendigung des Testamentes beeilt werden muß, damit er nicht etwa vorher stirbt: so sollen andere Zeugen herbeigeholt und anstatt der Ausgebliebenen zugezogen werden. Diese neu hinzugekommenen Zeugen müssen dann bei ihrem Eintritte sowohl den Testirer, als die übrigen gebliebenen Zeugen fragen, ob derjenige Theil des Testiractes, welcher vor der eingetretenen Störung stattgefunden hat, gehörig vor denselben und in ihrer Gegenwart vor sich gegangen sei. Bejahen dieses der Testirer und die übrigen Zeugen, so soll nun ohne weiteres mit dem Testiracte da fortgefahren werden, wo man bei der Störung durch das Abtreten des einen Zeugen stehen geblieben war. 3) Endlich liegt eine allgemeine Modification der gesetzlich vorgeschriebenen Einheit des Testirens in dem Ausspruche des Marcellus: Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Wenn nämlich in Puncten, wo nicht schon Justinian im allgemeinen eine Milderung eingeführt hat, die Einheit der Testirhandlung durch kleinere unbedeutende Unterbrechungen, welche entweder nicht ganz nothwendig waren oder zwar nothwendig waren, aber nicht die Leibesnothdurft betrafen, gestört worden ist, so wird sich der Richter, bei späterer Beurtheilung und Prüfung der Giltigkeit des Testamentes, darüber hinwegsetzen dürfen, wenn nur im concreten Falle augenscheinliche Billigkeitsgründe dafür sprechen. Welche Störungen und Unterbrechungen der Art freilich als klein und unbedeutend anzusehen, und welche Billigkeitsgründe unter den Begriff der evidens aequitas zu bringen seien, ist eine im allgemeinen schwer zu beantwortende Frage. Es ist alles dem vernünftigen richterlichen Ermessen, der Beurtheilung der Umstände jedes einzelnen Falles, zu überlassen. Die Möglichkeit solcher Fälle ist nicht zu leugnen. — Zuletzt ist noch die practisch wichtige Frage zu beantworten, worin der eigentliche Testiract besteht, für welchen die unitas actus vorgeschrieben ist, also mit welchem Momente er beginnt, mit welchem er aufhört, indem nur für das, was zwischen jenen Zeitpunkten in der Mitte liegt, die Einheit bestimmt ist. Es wird behauptet, die solenne Handlung des Testirens beginne mit der Rogation der Zeugen, so daß also, nachdem diese geschehen ist, alle späteren Unterbrechungen der Giltigkeit des Testamentes schaden. Dies ist aber nicht zu rechtfertigen. Denn die

Rogation der Zeugen gehört nicht zu der eigentlichen Testirhandlung selbst, sondern zu der persönlichen Befähigung der Zeugen, als solcher. Wie die Zeugen, ihren persönlichen Eigenschaften nach, fähig sein, wie sie freiwillig erscheinen müssen u. s. w., ebenso müssen sie auch rogirt sein. So stellen es auch die römischen Quellen dar [343]), womit die Art und Weise, wie die Notariatsordnung der Rogation der Zeugen Erwähnung thut [344]), übereinstimmt. Nur zufällig ist es, wenn bisweilen die Rogation gerade in den Anfangsmoment des eigentlichen solennen Testiractes fällt. Auch sind mit dieser gewöhnlichen rogatio testium die sonst bei Errichtung des mündlichen Testamentes nöthigen solennia verba [345]) nicht zu verwechseln, welche allerdings wesentlich zu der feierlichen Testirhandlung gehörten, aber ganz getrennt von der gewöhnlichen Rogation für sich bestehen. Es ist vielmehr, behufs der Bestimmung des Anfanges des eigentlichen Testiractes, zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten zu unterscheiden. Bei den schriftlichen Testamenten beginnt der solenne Testiract mit dem Vorzeigen der eigentlichen Testamentsurkunde von Seiten des Testators an die versammelten erbetenen Zeugen und mit der ausdrücklichen Erklärung des Testators, daß diese Urkunde seinen testamentarischen letzten Willen enthalte. Darauf unterschreibt der Testator selbst und legt dann die Urkunde den Zeugen zum Siegeln und Unterschreiben vor. Vollendet ist dann der ganze Testiract, wenn der letzte Zeuge unterschrieben und besiegelt hat [346]). Bei dem mündlichen Testamente bestand der Anfang des solennen Actes früher in dem Aussprechen folgender feierlicher Worte, formalia verba, von Seiten des Testators vor den versammelten rogirten Zeugen: ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit [347]). Nach der Aufhebung der Nothwendigkeit des Gebrauches dieser feierlichen Worte durch Justinian [348]) beginnt der Testiract ohne Zweifel mit dem begonnenen mündlichen Aussprechen des letzten Willens und ist geendet, sobald der Testator mit seiner letztwilligen mündlichen Erklärung fertig ist [349]). So nach dem römischen Rechte. Allein die Notariatsordnung scheint

343) L. 21. §. 2. D. 28. 1.

344) Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 3, 7, 9, besonders §. 7 — „von sieben Zeugen, die darzu sonderlich zusammenberufen, oder gemanet und gebeten, auch der Leibeigenschaft frei, über 14 Jahr alt sein, u. s. w."

345) L. 26. C. VI. 23.

346) L. 21. pr. C. VI. 23. Noch bestimmter spricht sich über diesen Anfang des Testiractes die Notariatsordnung a. a. O. §. 7 aus: Nunmehr die Form eines Testamentes in Schriften — ist also: Daß der, so sein Testament machen will, ein Schrifft, bezeichnet und verbunden — fürbringt und legt die dar — doch also, daß er offenbarlich ansage, daß solches, so er darlegt, sein Testament sei u. s. w.

347) L. 26. C. VI. 23.

348) L. 26. C. VI. 23. Vgl. Marezoll in Grolman und Löhr, Magaz. f. RW. u. Gesetzg. Bd. IV, S. 169 flg.

349) L. 23. C. VI. 23. verglichen mit L. 21. §. 2. C. eod.

den Schluß, das Ende des eigentlichen Testiractes sowohl für schriftliche als für mündliche Testamente anders bestimmt zu haben, indem sie bei jedem sowohl schriftlichen als mündlichen Testamente verlangt, daß das über die Testamentserrichtung aufgenommene Notariatsprotocoll dem Testirer und den Zeugen, ehe sie von einander scheiden, vorgelesen werde [350]). Dieses Vorlesen des Notariatsprotocolles wird hier als ein integrirender, wesentlicher Theil zur Giltigkeit eines jeden, mit Zuziehung von Notarien errichteten Testamentes vorgeschrieben und schließt sich unmittelbar an die übrigen, schon im römischen Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten an. Daß die sog. unitas loci, diei et temporis sich mit auf dieses Vorlesen erstreckt, giebt das Reichsgesetz ausdrücklich durch die Worte: „ehe denn sie von einander scheiden" zu erkennen. Eben deshalb ist aber auch die unitas actus mit darauf zu beziehen und das Testament vor diesem geschehenen Vorlesen des Protocolles noch nicht als völlig solennisirt zu betrachten.

BB. Besondere Förmlichkeiten: a) schriftlicher Testamente. Ein schriftliches Testament erfordert 1) einen schriftlichen Aufsatz, welcher den letzten Willen des Testirers enthält. Nicht nöthig ist, daß der Testirer diesen Aufsatz selbst geschrieben habe (testamentum holographum); er kann es auch durch einen Anderen schreiben lassen (testamentum allographum). Bei den Römern geschah letzteres öfters; gleichgiltig war, wen man dazu gebrauchte; es konnte dies selbst ein fremder Sclave sein [351]). Auch konnte es einem Anderen in die Feder dictirt werden. Ein solcher Schreiber des Testamentes hieß testamentarius [352]). Auch wurde, um bei dem schriftlichen Aufsatze nichts zu versehen, wohl ein Rechtsgelehrter zu Rathe gezogen, welcher dann auch gewöhnlich das Testament selbst abfaßte. Die im Codex enthaltene Bestimmung [353]), welche in den Institutionen, wenn auch nur unvollständig, wiederholt ist [354]), daß der Testator, wenn er das Testament durch einen Anderen hatte schreiben lassen, wenigstens zur Verhütung aller Verfälschung den Namen des Erben eigenhändig schreiben oder, wenn er dieses nicht könnte, denselben im Beisein der Zeugen mündlich aussprechen und diese dann den Namen bei ihrer Unterschrift, um ihn nicht zu vergessen, ausdrücklich mit bemerken sollten, ist durch eine Novelle wieder aufgehoben [355]) und es ist statt dessen geordnet, daß auch bei einem von einem Anderen als dem Testator geschriebenen Testamente der Name des Erben von fremder Hand giltig geschrieben werden könne. Das Material, worauf das Testament ge-

350) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 5.
351) L. 28. D. 28. 1.
352) L. 9. §. 3. D. 28. 5. L. 1. pr. D. 29. 6. L. 3. §. 5. D. 36. 1. L. 15. §. 6. L. 22. §. 10. D. 48. 8.
353) L. 29. C. VI. 23.
354) §. 4. Inst. II. 10.
355) Nov. 119. cap. 9.

schrieben wird, war bei den Römern gleichgiltig [356]). Ebenso war es gleichgiltig, ob das Testament auf charta nova, reinem Papier, worauf noch nichts geschrieben war, oder auf charta deletitia, schon beschriebenem Papiere, wo die vorige Schrift ausgelöscht ist, geschrieben war [357]). Der Fall, daß ein Testamentsaufsatz auch auf Papier, auf welchem die Schrift ausradirt worden, geschrieben wird, wird zwar, da das Papier nicht mehr so selten ist, wie bei den Alten, nicht leicht vorkommen; indessen kann an der Giltigkeit aus diesem Grunde allein nicht gezweifelt werden, wenn nur die Schrift nicht so zusammenfließt, daß sie unleserlich wird. Auch heutzutage ist das Material, worauf das Testament geschrieben wird, gleichgiltig, wenn nur darauf leserlich geschrieben werden kann. Die Vorschrift der Notariatsordnung [358]), daß, wenn zur Errichtung eines schriftlichen Testamentes ein Notar gebraucht wird, die Urkunde auf Pergament, nicht auf Papier, geschrieben werden solle, wird nicht mehr beobachtet. Auch die Sprache, in welcher das Testament abgefaßt worden ist, ist gleichgiltig. Bei den Römern war ursprünglich nur der Gebrauch der lateinischen Sprache bei Testamenten zulässig. Erst Theodosius II. gestattete in einer verloren gegangenen Constitution, deren er jedoch in einer Novelle gedenkt [359]), die Errichtung von Testamenten auch in der griechischen Sprache und dies ist in den Justinianeischen Codex übergegangen [360]). Sowie es nun auch heutzutage gleichgiltig ist, in welcher Sprache der Testirer sein Testament schreiben und welcher Schrift er sich dazu bedienen will, wenn sie nur sonst verständlich und leserlich ist; so thut es auch der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag, wenn Manches darin ausgestrichen oder zwischen die Zeilen gesetzt ist; nur muß Gewißheit darüber vorhanden sein, daß es vom Testator selbst oder mit seinem Willen geschehen ist [361]). Endlich ist bei einem schriftlichen Testamente nicht nothwendig, daß es ganz mit Worten geschrieben sei. Der Testirer kann die Zahlen auch mit Ziffern schreiben, wovon nur bei dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern eine später zu erwähnende Ausnahme stattfindet [362]). Gewöhnliche und allgemein verständliche Abkürzungen sind ebenfalls für die Giltigkeit des Testamentes ohne Nachtheil. Zwar werden notis scriptae tabulae nicht als solche betrachtet, aus welchen der Prätor die bonorum possessio secundum tabulas ertheilen könnte [363]); allein unter notae sind gewisse durch den Gebrauch eingeführte Zeichen oder Figuren zu verstehen, deren sich die Römer bei dem Geschwindschreiben bedienten, um damit ein

356) §. 12. Inst. II. 10.
357) L. 4. D. 37. 11.
358) Notariatsordn. Tit. I, §. 19.
359) Novell. Theodosii II. Tit. XVI. const. 1. §. 8. (ed. Haenel p. 64.)
360) L. 21. §. 4. C. VI. 23.
361) L. 12. C. VI. 23.
362) Nov. 107. cap. 1.
363) L. 6. §. 2. D. 37. 1.

oder mehrere Worte anzudeuten; wovon siglae unterschieden wurden, d. h. einzelne große Buchstaben, wodurch ganze Wörter ausgedrückt wurden, sowie abbreviaturae, worunter man Wortabkürzungen verstand. Tabulae notis scriptae bezeichnet also eine mit Zeichenschrift geschriebene Testamentsurkunde; nur eine solche war ungiltig, außer bei dem Soldatentestamente[364]). Die Zeugen brauchen den Inhalt eines schriftlichen Testamentes nicht zu kennen, also auch die Sprache, in welcher das Testament verfaßt ist, nicht zu verstehen[365]). 2) Das Testament muß auch in Gegenwart der Zeugen von dem Testirer mit der Erklärung, daß die vorliegende Schrift sein Testament sei, eigenhändig unterschrieben werden, ohne Unterschied, ob er das Testament selbst geschrieben hat oder durch einen Anderen hat schreiben lassen, wie eine Verordnung von Theodosius II. bestimmt[366]). Kann jedoch der Testator nicht schreiben, sei es, daß er des Schreibens unkundig oder durch Krankheit, Schwäche oder Lähmung der Hand verhindert ist, das Testament zu unterschreiben, so ist, außer den sieben Zeugen, noch ein achter Zeuge (octavus subscriptor) zuzuziehen, welcher anstatt des Testirers unterschreibt[367]). Die Notariatsordnung übersetzt diese Verordnung fast wörtlich[368]). Sie nennt die, außer den sieben Zeugen, noch zuzuziehende Person, welche anstatt des Testirers unterschreibt, „einen anderen achten Zeugen". Manche wollen ihn nicht als Zeugen gelten lassen, weil Theodosius II. ihn nicht so, sondern absichtlich einen octavus subscriptor nenne[369]). Allein nach der Notariatsordnung kann darüber kein Zweifel sein und es ist daher auch anzunehmen, daß dieser achte Zeuge die sonstigen Eigenschaften eines Testamentszeugen haben müsse[370]). Darüber, was es heiße, der achte Zeuge unterschreibt für den Testator, ist viel gestritten worden[371]). Manche behaupten, der achte Zeuge unterschreibe des Testators Namen. Die Meisten aber stimmen darin überein, daß der octavus subscriptor gerade darum, weil er der achte Zeuge ist, seinen eigenen Namen unterschreibe, mit der Bemerkung, daß er dieses statt des Testators thue. Letztere Meinung hat schon nach römischem Rechte das für sich, daß überhaupt jeder einzelne Testamentszeuge bei dem

---

364) L. 40. pr. D. 29. 1.

365) L. 21. C. VI. 23. Davon ist jedoch bei den Testamenten, welche erst in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben werden, in Gemäßheit der Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 5, welche bestimmt, daß solche den Zeugen vorgelesen werden sollen, eine Ausnahme zu machen; denn das Vorlesen wäre zwecklos, wenn die Zeugen die Sprache nicht verständen.

366) L. 21. pr. C. VI. 23.

367) L. 21. pr. C. cit.

368) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 7.

369) Konopack, Institutionen §. 344, N. 1, S. 232, 2. Ausg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 150, 2. Aufl.

370) Sintenis, gem. Civilr. §. 169, N. 11, Bd. 3, S. 379.

371) Vgl. über die verschiedenen Meinungen und deren Vertheidiger Glück a. a. O. Bd. 34, S. 406—413.

schriftlichen Testamente eigenhändig bemerken muß, wer gesiegelt habe und wessen Testament er gesiegelt habe, also seinen Namen unterzeichnen und bemerken muß, daß er des bestimmten Testators Testament gesiegelt habe[372]). Ganz außer Zweifel wird unseres Erachtens die Sache durch die Notariatsordnung gesetzt, welche sagt: „oder wo er nicht schreiben könnte, oder alsdann nicht möcht, durch eines anderen achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Orte des Testamentes unterschreiben lasse." Es muß hiernach der achte Zeuge unterschreiben und zwar im Namen und auf Begehren des Testirers. Der achte Zeuge muß bei seiner Unterschrift ausdrücken, daß er im Namen und Auftrage des zu nennenden Testirers unterschrieben habe; die schließliche Unterschrift enthält den Namen des Zeugen selbst, z. B. „im Namen und Auftrage des Testators Titius" und darunter der Name des achten Zeugen[373]). Zu erwähnen ist noch, daß die hervorgehobene Stelle der Notariatsordnung in den Worten „oder wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht", nach der Meinung Mancher auch den Fall bezeichnet, wenn der Testator zwar schreiben könnte, aber nicht wollte, so daß er sich in diesem Falle auch eines Stellvertreters, welcher anstatt seiner unterschreibe, bedienen könne[374]). Allein diese Meinung ist offenbar irrig. Das „Mögen" hat in der älteren Sprache und namentlich nach dem Sprachgebrauche der Notariatsordnung regelmäßig die Bedeutung von „vermögen", also „können", und es ist in den fraglichen Worten „oder alsdann nicht möcht" nur der Fall gemeint, wenn der Testator am Schreiben verhindert ist, sei es durch Krankheit, Schwäche oder Lähmung der Hand, während die Worte „oder wo er nicht schreiben könnt" den Fall bezeichnen, wenn der Testator des Schreibens unkundig ist. Denn die Notariatsordnung a. a. O. enthält nur eine Uebersetzung der Worte der L. 21. pr. C. VI. 23.: quodsi testator literas ignoret, vel subscribere nequeat. Daß die Notariatsordnung etwas neues und vom römischen Rechte abweichendes habe bestimmen wollen, ist nach dem ganzen Geiste des Gesetzes, welches immer auf die Rechte, die gemeinen kaiserlichen Rechte verweist und überhaupt nur eine Instruction für die Notarien sein sollte, wie sie sich bei Aufnahme von Urkunden über Rechtsgeschäfte, insbesondre über Testamente zu benehmen und dabei zu verfahren hätten, nicht anzunehmen[375]). Die Bestimmung, daß der Testirer, welcher schreiben kann, das Testament im Beisein der versammelten sieben Zeugen mit der Erklärung, daß die vorliegende Urkunde

372) L. 30. D. 28. 1.

373) Sell, Versuche Bd. 1, S. 222 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 150, 2. Ausg.

374) Carpzov, P. II. decis. 147.

375) Gesterding, Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 1, S. 342 flg. Sell, Versuche Bd. 1, S. 218 flg. Vangerow a. a. O. S. 149 flg.

sein Testament sei, eigenhändig unterschreiben soll, ohne Unterschied, ob er das Testament selbst geschrieben hat oder durch einen Anderen hat schreiben lassen, ist in einer späteren Verordnung Justinian's[376]) dahin beschränkt worden, daß, wenn der Testirer das ganze Testament eigenhändig geschrieben und auch im Testamente ausdrücklich bemerkt hat, daß er es selbst geschrieben habe, keine weitere Unterschrift, weder des Testirers, noch statt seiner eines achten Zeugen erforderlich sein solle. Hat also der Testator das Testament entweder nicht selbst geschrieben, sondern solches durch einen Anderen schreiben lassen, oder er hat zwar das ganze Testament eigenhändig geschrieben, in dem Testamente selbst aber nicht ausdrücklich bemerkt, daß er es mit eigener Hand geschrieben habe, so bleibt es bei der erwähnten früheren Bestimmung und das Testament ist in beiden Fällen vom Testator zu unterschreiben, oder wenn zur Zeit der Solennisirung des Testamentes der Testator es nicht unterschreiben kann, sei es, weil er des Schreibens unkundig oder daran verhindert ist, von einem achten Zeugen anstatt seiner zu unterschreiben[377]). Insoweit konnte in der Notariatsordnung[378]) gesagt werden, „der Testator müsse das Testament, es sei von desselben eigener oder von eines jeden anderen Hand geschrieben, vor den dazu berufenen sieben Zeugen unterschreiben." Der Fall, in welchem keine Unterschrift des Testators nach römischem Rechte erforderlich sein soll, nämlich, wenn der Testirer das Testament ganz eigenhändig geschrieben und daß dies geschehen sei, ausdrücklich bemerkt hat, ist in der Notariatsordnung nicht erwähnt. Es ist daher der Zweifel möglich, ob nicht dennoch auch in diesem Falle nach der Notariatsordnung, welche ihn nicht ausdrücklich ausnimmt, die Unterschrift des Testators oder eines achten Zeugen nöthig sei. Es herrscht aber darüber allgemeines Einverständniß, daß in diesem Falle es der Unterschrift des Testirers nicht bedürfe[379]). Verwerflich sind folgende Behauptungen. Die erste dieser Behauptungen ist, daß ein Testament nicht ungiltig sei, welches der Testator nicht in Gegenwart der Zeugen unterschrieben habe, wenn er nur vor denselben erkläre, daß es seine Unterschrift sei[380]). Allein der klaren Bestimmung des römischen Rechtes sowohl als der Reichsgesetzgebung gegenüber, daß der Testator das Testament in Gegenwart der vor ihm versammelten sieben Zeugen mit der Erklärung unterschreibe, daß die vorliegende Urkunde seinen letzten Willen enthalte, erscheint diese Behauptung unbegründet. Die zweite dieser Behauptungen ist, daß, wenn der Testirer selbst nicht schreiben kann, die Unterschrift desselben auch mit geführter Hand geschehen könne und diese Unterschrift der Wirkung nach einer vom

376) L. 28. §. 1. C. VI. 23.

377) Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. 2, S. 191.

378) Notariatsordn. a. a. O. §. 7.

379) Glück a. a. O. Bd. 34, S. 415, 416. Sintenis, Civilr. §. 169 N. 10, Bd. 3, S. 379.

380) Leyser, Medit. ad Pandect. Spec. 355, med. 5.

Testator mit eigener Hand bewirkten gleichzuachten sei [381]). Obgleich auch nach dieser Meinung in der Praxis gesprochen worden ist, so ist sie doch theils den Gesetzen geradezu entgegen, welche bestimmen, daß der Testator das Testament sua manu, mit eigener Hand und zwar nach der Notariatsordnung allein mit eigener Hand, unterschreibe, während doch eine geführte Hand keine eigene, sondern eine fremde Hand ist; theils ist sie mit der Bestimmung nicht zu vereinigen, nach welcher, wenn der Testator nicht schreiben kann, ein achter Zeuge, welcher statt des Testirers das Testament unterschreibt, zugezogen werden soll. Uebrigens darf die Unterschrift des Testirers nicht mit den bloßen Anfangsbuchstaben oder mit anderen den Namen nicht ausdrückenden Zeichen, z. B. durch Kreuze, geschehen, sondern der Name des Testirers ist vollständig mit Buchstaben auszuschreiben. Kann der Testirer nicht schreiben, so muß, der gesetzlichen Vorschrift gemäß, ein achter Zeuge unterschreiben. Zu den eigenthümlichen Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes gehört endlich 3) die eigenhändige Unterschrift und Untersiegelung sämmtlicher sieben Zeugen in Gegenwart des Testators. Daß die Zeugen mit eigener Hand unterschreiben müssen, wird ausdrücklich bestimmt [382]). Es müssen daher alle Zeugen des Schreibens kundig sein; die des Schreibens unkundigen Personen sind schlechterdings unfähige Zeugen bei dem schriftlichen Testamente, indem kein Zeuge für den anderen unterschreiben kann. Im übrigen bedarf es, um die auf die Unterschrift und Besiegelung bezüglichen Stellen der römischen Quellen zu verstehen, folgender Vorbemerkung. Bei den tabulae testamenti, welche mit Wachs überzogen waren, geschah das Siegeln der Zeugen bei den Römern ehemals auf der Rückseite oder dem Umschlage des Testamentes. Ein Testament bestand gewöhnlich aus mehreren solchen Tafeln, welche, mit einander verbunden, einen codex ausmachten, so daß also der codex testamenti ein contextus plurium tabularum oder cerarum war [383]). Diese tabulae wurden nach ihren Theilen und Namen unterschieden, daher prima cera für prima tabula, ima cera, ima pars testamenti, extrema cera codicis für ultima tabula oder ultima pars tabularum. Gajus unterscheidet priores und inferiores tabulae testamenti [384]). Diese tabulae testamenti über einander gelegt, wurden nun mit Bindfaden zusammengeschnürt und dieser Faden, linum, pflegte wohl drei- bis viermal um die tabulae gewickelt zu wer-

---

381) Vertheidiger dieser Meinung führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 418.

382) L. 30. D. 28. 1. Dort bedeuten die Worte proprio chirographo mit eigener Hand; in der Synopsis Basil. p. 322. werden diese Worte durch ἰδιοχείρως wiedergegeben, welches χειρὶ ἰδίᾳ, propria manu, bedeutet. Die Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 7 sagt ausdrücklich: „durch die sieben Zeugen mit eigenen Händen unterschrieben werde.“

383) L. 1. §. 6. D. 37. 11. Seneca, de brevitate vitae cap. 13. Varro bei Nonius Marcellus, de proprietate sermonum p. 560. (Antverp. 1565.)

384) Gai. Inst. Comm. II. §. 181.

den, so daß, wenn auch eins oder das andere von diesem Gebinde zerrissen, zerschnitten oder von Mäusen zernagt war, und die tabulae nur noch durch Ein Gebinde zusammengehalten wurden, dieselben noch immer für signatae gehalten werden mußten[383]). Der Faden wurde dann an den zusammengeknüpften Enden mit Wachs überklebt und auf dieses Wachs drückten die Zeugen ihre Siegel. Der Name des Testators stand schon mit dem Namen des Erben in der ersten Tafel Es mußten also eigentlich die tabulae selbst besiegelt werden. Allein das bloße Umwickeln der Testamentstafeln mit Bindfaden und das Besiegeln derselben auf Wachs schützte die Testamente nicht hinreichend gegen Betrug und Verfälschung. Es wurde daher, um alle Verfälschungen bei den tabulae zu verhüten, durch ein SC. unter Nero eine besondere Form der Versiegelung eingeführt, welche darin bestand, daß die tabulae am äußersten Rande in der Mitte durchbohrt und mit einer durch dieses Loch gezogenen dreifachen Schnur zusammengebunden und so auf der Außenseite durch die Zeugen versiegelt wurden. Der Inhalt dieses Senatsschlusses ist uns vollständig aufbewahrt[386]). Später wurde zwar, wahrscheinlich durch Gerichtsgebrauch eingeführt, daß, wenn die tabulae testamenti in Leinwand eingewickelt und die Siegel der Zeugen auf den Umschlag gedruckt waren, diese Versiegelung für ebenso giltig anzusehen sein solle, als wenn dieselben auf die Art, wie der Senatsschluß vorschrieb, mit Bindfaden wären zusammengeschnürt worden[387]). Bei den tabulae ohne Umschlag dagegen blieb es bei der Vorschrift des gedachten Senatsschlusses. Nach dieser Art der Versiegelung konnte also kein Testament giltig eröffnet werden, wenn nicht die Zeugen zuvor ihre Siegel recognoscirt hatten[388]). War mithin dieser leinene Umschlag, worauf die Zeugen gesiegelt hatten, aufgerissen oder der Bindfaden, womit die tabulae zusammengebunden waren, durchschnitten, und es war nicht von einem Anderen wider des Testators Willen geschehen, sondern von dem Testator selbst, so wurden die tabulae nicht mehr für signatae gehalten und es konnte daraus keine bonorum possessio gesucht werden[389]). So lange also die Testamente der Römer auf Wachstafeln geschrieben wurden, siegelten die Zeugen auf die Außenseite oder den Umschlag des Testamentes, wovon sich noch Spuren in den Justinianeischen Rechtsbüchern finden[390]). Da nun die Zeugen nicht immer alle ihre eigenen Siegel hatten, sondern ein Zeuge sich des Siegels des anderen Zeugen, ja selbst des eigenen Siegels des Testirers bedienen, ja alle Zeugen sogar mit Einem Siegel das Testament besiegeln konn-

383) L. 1. §. 11. D. 37. 11.
386) Bei Paul. Sent. Lib. V. Tit. 25. §. 6. Dagegen gedenkt Sueton. Nero cap. 17. dieses Senatsschlusses blos geschichtlich.
387) So ist wohl L. 22. §. 7. D. 28. 1. zu verstehen.
388) L. 4. D. 29. 3. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 6. §. 1.
389) L. 1. §. 10. D. 37. 11.
390) §. 3. Inst. II. 16. L. 30. C. VI. 23.

ten [391]), so war es sehr natürlich, daß sie zu den Siegeln ihre Namen beischrieben und dabei zugleich bemerkten, wessen Testament es sei, worauf sie ihre Siegel gedruckt hatten. Es war dies auch darum sehr vernünftig, weil man sonst, wenn sich die Zeugen blos im Testamente unterschrieben hätten, vor der Eröffnung des Testamentes nicht hätte wissen können, wer die Zeugen sind, um sie zur Anerkennung ihrer Siegel vorzuladen. So erklärt sich sehr leicht, wenn Ulpian sagt, daß, wenn ein Zeuge seinen Namen nicht beigeschrieben, aber gesiegelt habe, es so sei, als wenn er gar nicht zugezogen worden wäre [392]), und Paulus: die Zeugen müßten eigenhändig beifügen, wer sie sind und wessen Testament sie besiegelt haben [393]). Die bloßen Siegel konnten auch nichts nützen, weil man nicht wissen konnte, welchem Zeugen jedes Siegel gehöre, wenn nicht die Namen neben den Siegeln beigeschrieben waren. Daß auch die eigene Unterschrift der Zeugen unter dem Testamente erforderlich gewesen sei, wird aus uns erhaltenen Testamentsurkunden abgeleitet. Ein von Marini bekannt gemachtes Bruchstück eines im J. 572 von einem gewissen Mananes, einem Gothen, auf die gewöhnliche feierliche Art vor sieben Zeugen errichteten Originaltestamentes [394]), enthält gerade den Schluß des Testamentes nebst den Unterschriften der Zeugen. Diese Urkunde ergiebt nun erstens, daß die Testamente bei den Römern nicht nach unserer Sitte von den Zeugen untersiegelt, sondern vielmehr zugesiegelt wurden; zweitens, daß nicht blos eine Unterschrift sämmtlicher Zeugen (subscriptio) unter dem Testamente selbst mit der Bemerkung ihrer Veranlassung befindlich war, sondern daß auch noch außerdem auf der Rückseite des Testamentes jeder Zeuge neben dem von ihm aufgedrückten Siegel seinen Namen beisetzte. Man hat daraus die Nothwendigkeit einer doppelten eigenhändigen Schrift sämmtlicher Zeugen im neuesten römischen Rechte, nämlich der subscriptio unter dem Testamente selbst und der superscriptio auf der Rückseite des Testamentes, mit Zuverlässigkeit folgern zu können geglaubt, und nur von der letzteren die Pandektenstellen verstanden, welche von einem adscribere nomen suum und von einem proprio chirographo adnotare, quis et cuius testamentum signaverit sprechen, indem diese Ausdrücke das Beischreiben des Namens zu dem Siegel, welches eben die superscriptio sei, von Seiten der Zeugen bezeichneten. Die subscriptio betrachtet man als durch die Verordnung Theodosius II. [395]) neu eingeführt und erklärt hieraus, warum Justinian die subscriptio

---

391) L. 22. §. 2. D. 28. 1. §. 5. Inst. II. 10. L. 12. C. VI. 23.

392) L. 22. §. 4. D. 28. 1.

393) L. 30. D. 28. 1.

394) Herausgegeben aus Marini, papiri diplomatici in Spangenberg, iur. Rom. tabul. negot. solenn. n. 18. p. 121. sq. und von demselben im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 145 flg. erläutert.

395) L. 21. C. VI. 23.

den Constitutionen zuschreibe[396]), der schon in den Digesten erwähnten superscriptio aber, als eines zu den Siegeln gehörigen Stückes, gar nicht besonders gedenke. Zur Unterstützung dieser Ansicht hat man sich noch besonders auf zwei zu Ravenna in den Jahren 521 und 552 über die Eröffnung von zwei Privattestamenten aufgenommenen Protocolle[397]) berufen, aus welchen erhelle, daß auch bei diesen Testamenten eine subscriptio und eine superscriptio vorgekommen und als wesentliche Form betrachtet worden sei. Diese Ansicht ist vorzüglich von Savigny zuerst aufgestellt und ausführlich vertheidigt worden[398]), und ihm sind Andere gefolgt. Dagegen haben Andere die ältere Ansicht, daß es blos einer subscriptio der Zeugen, nicht noch außerdem einer superscriptio bedürfe, wieder in Schutz genommen[399]). Dem durch jene Urkunden geführten Beweise gegenüber können für das neueste römische Recht die für die ältere Ansicht vorgebrachten Gründe unseres Erachtens nicht in Betracht kommen, und wir müssen daher die neuere Ansicht, daß eine subscriptio und eine superscriptio von Seiten der Zeugen erforderlich sei, für das neueste römische Recht für die richtige halten. Anders nach heutigem Rechte. Denn nach der Notariatsordnung[400]) soll der Testirer, welcher bei seinen Lebzeiten seinen letzten Willen Niemanden wissen lassen will, denselben in einer verschlossenen Schrift den vor ihm versammelten Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung, jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung vorlegen, daß die ihnen vorgelegte Schrift sein Testament sei, und dann dasselbe vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreiben und ebenso soll das Testament auch noch zuletzt durch die sieben Zeugen alle mit eigenen Händen unterschrieben und mit ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werden. Die Notariatsordnung kennt also nur eine Unterschrift der Zeugen und keine davon verschiedene Ueberschrift. Es erklärt sich dies daraus, daß sich nach einer festgewurzelten modernen Rechtsansicht der Gebrauch des Siegels völlig verändert hat, indem dasselbe nur zur Beglaubigung der Namensunterschrift, nicht mehr als Verschlußmittel angewendet wird, und damit muß dann von selbst eine Cumulation der subscriptio und superscriptio als völlig

---

396) §. 3. Inst. II. 10.

397) Zuerst von Marini, papiri diplomatici n 74. 75 p. 110–115. bekannt gemacht und von Spangenberg l. c. n. 14. p. 90—108. herausgegeben und erläutert.

398) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 2. S. 182—186. Ihm folgten Haubold, Spec. iur. Rom. testimonus de militum honesta missione, quae in tabulis aeneis supersunt, illustrati cap. II. § 2. (in Opusc. acad. Vol. II. p. 825—832. Spangenberg, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 144—176.

399) Löhr, bedarf es bei uns zur Giltigkeit eines schriftlichen Privattestamentes der subscriptio und superscriptio? im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 328—341. Guyet, Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. N. 3, S. 29—38. Glück a. a. O. Bd. 34, S. 442 flg.

400) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 7.

zwecklos und unpassend erscheinen[401]). Das richtigere Verständniß des römischen Rechtes kann dieses Gewohnheitsrecht umsoweniger schwankend machen, als dasselbe eben in der Notariatsordnung eine starke Stütze findet. Es genügt demnach, die Unterschriften und Siegel im Innern, namentlich am Schlusse des Testamentes anzubringen. Ebenso kann aber auch die Unterschrift und Siegelung der Zeugen auf dem Umschlage des Testamentes (in involucro) giltig vollzogen werden, und es ist unbegreiflich, wie dies zur juristischen Streitfrage hat werden können[402]). In der neueren Doctrin herrscht darüber vollständiges Einverständniß[403]) und es kann sowohl nach der L. 21. C. VI. 23. als nach der Notariatsordnung kein Zweifel sein. Das Instrument, dessen sich die Zeugen zum Besiegeln des Testamentes bedienten, war bei den Römern ein Ring, welcher an der linken Hand am Goldfinger getragen wurde. Dieser Ring war gewöhnlich von Gold und mit einer Gemme versehen, worauf sich ein character, d. h. etwas Ausgezeichnetes im Bildniß ausdrückte. Einen solchen Ring trug man nicht sowohl zur Zierde als zum Siegeln bei sich, daher er annulus signatorius hieß[404]). Ob man sich aber nur allein eines solchen Ringes zum Besiegeln des Testamentes bedienen durfte oder auch ein anderes Instrument dazu gebrauchen konnte, war zweifelhaft[405]). Der darüber geführte Streit ist heutzutage ohne praktisches Interesse. Der Zeuge braucht jetzt sein gewöhnliches Petschaft, womit er siegelt. Hat er kein eigenes Petschaft, so kann er auch mit einem fremden Petschaft siegeln[406]). Der Testator selbst kann den Zeugen sein Petschaft, bei den Römern seinen Siegelring, dazu leihen, und das Testament ist doch giltig[407]). Daher kann

---

401) Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2, S. 72 flg.

402) Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. Bd. 34, S. 454—461. Zuerst bestritt Ludovici, diss. de involucro, vom Couvert oder Umschlage bei Testamenten. Hal. 1713. Die Giltigkeit eines blos auf dem Umschlage, worin es verschlossen ist, von den Zeugen unterschriebenen und besiegelten Testamentes. Ihm folgte Grupen, Observationes de forma conficiendi acta. Obs. II. de forma testamentorum §. 6—8. Gründlich widerlegt ist diese Ansicht von Boehmer, testamenti signati et subscripti a testibus in involucro vis et auctoritas vindicata. Gotting. 1746., dessen Gründe Rottmann, Observ. de testamento arcano ad L. 21. C. de testamentis. Wirveb. 1781. wiederholte.

403) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. S. 461, N. 28, ferner Löhr, im Archiv Bd. VI, S. 341. Puchta, Gewohnheitsr. Bd. 2, S. 454 flg., 466. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 151, 2. Aufl.

404) L. 174. D. 50. 16.

405) Nach der gewöhnlichen Lesart in L. 22. §. 5. D. 28. 1.: et magis est, ut tantum annulo quis possit signare, konnte nur der Siegelring gebraucht werden. Viele wollen aber bei den Worten ut tantum ein non einschalten, so daß die Stelle den Sinn hat, man könne sich auch wohl eines anderen Instrumentes, als gerade eines Siegelringes, bedienen, wenn es nur eine solche, sich auszeichnende Figur, wie auf einem Siegelringe, ausdrücke. Vgl. über die Streitfrage Glück a. a. O. S. 427—430.

406) L. 12. C. VI. 23.

407) L. 22. §. 2. D. 28. 1.

auch ein Zeuge mit des anderen Zeugen Petschaft siegeln und es ist nicht nothwendig, daß der Zeuge bei der Unterschrift ausdrücklich bemerke, daß er sich eines fremden Petschaftes bedient habe. Die Zeugen können sogar alle mit demselben Petschaft siegeln[408]. Die Notariatsordnung stimmt hierin mit dem römischen Rechte überein[409]. Unterschriften und Siegel der Zeugen dürfen nicht von einander getrennt sein, sondern sie müssen neben einander stehen, weil die Unterschrift zugleich ein Zeugniß der geschehenen Besiegelung des Testamentes und eine Bestätigung der Echtheit der Siegel sein soll. Es ist darüber gestritten worden, ob die Unterschrift der Zeugen der Besiegelung des Testamentes vorausgehen oder erst nach derselben geschehen müsse[409a]. Dieser Streit ist unnütz, und heutzutage wird es allgemein für gleichgiltig gehalten, ob das Siegel vor oder hinter dem Namen des Zeugen steht. Endlich fragt sich, ob es wesentlich nothwendig sei, daß der Testator in dem Falle, wo seine Unterschrift erfordert wird, noch vor den Zeugen unterschreiben müsse. Es ist dies sowohl nach römischem Rechte[410] als nach der Notariatsordnung[411] zu bejahen. Daß der Testirer zuerst und die Zeugen zuletzt unterschreiben, hat seinen vernünftigen Grund. Es beruht nämlich auf ihrem Zeugniß die Giltigkeit des ganzen Geschäftes. Denn die Zeugen sollen durch ihre Unterschrift bezeugen, daß alles zur Errichtung eines feierlichen Privattestamentes gesetzlich Erforderliche gehörig beobachtet worden sei; sie können aber dieses nicht bezeugen, wenn der Testator das Testament noch nicht unterschrieben hatte. — Noch sind über das schriftliche Privattestament folgende Punkte zu berühren. Die Beifügung der Zeit, zu welcher das Testament errichtet worden ist, scheint bei den Römern nicht nothwendig gewesen zu sein[412]. Kein Gesetz erwähnt derselben als eines nothwendigen Erfordernisses, obwohl sie bei den Römern nicht ungewöhnlich war[413]. Es ist dies um so auffallender, als die römische Gesetzgebung sonst bei Anordnung der Testamente so äußerst vorsichtig war. Sie scheint hier gewissermaßen mit sich selbst im Widerspruche zu stehen, da sie den Testatoren willkür-

---

408) §. 5. Inst. II. 10.

409) Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 7: daß das Testament durch die Zeugen alle mit eigenen Händen unterschrieben, und gewöhnlichen Siegeln oder Signeten bezeichnet werde. Ebd. §. 10: Es mögen auch ihrer einer oder mehr, so nicht eigne Signet hätten, eins oder mehr der andern Signeten sich hierin gebrauchen. Die Erklärung von Sell, Versuche Bd. 1, S. 225 flg., wonach nothwendig das Signet eines Zeugen gebraucht werden müsse, verdient keine Billigung. Vangerow a. a. O. S. 152.

409a) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 464 flg.

410) L. 21. C. VI. 23.

411) Notariatsordn. a. a. O. §. 7.

412) Nach einem Fragment aus Modestins Lib. III. (vielleicht richtiger IX) Regularum, von Petr. Pithöus restituirt, und in Schulting, Iurispr. Anteiust. p. 801. aufgenommen, war der Mangel des Beifügung des dies et Consul der Giltigkeit des Testamentes unschädlich.

413) Vgl. L. 2. §. 6. D. 29. 3. L. 3. C. VI. 32.

liche Aenderung ihres letzten Willens verstattet und den Grundsatz aufstellt: prius testamentum rumpitur per posterius[414]), und man doch ohne Beifügung des Datum nicht wohl wissen kann, welches das erste, welches das letzte Testament sei, nach dem Civilrechte aber, wenn die Zeit der Errichtung beider nicht auszumitteln ist, keines von beiden gilt. Erst Justinian erklärte die Bemerkung der Zeit, wenn ein Testament errichtet worden sei, aber doch nicht allgemein, sondern blos in dem Testamente der Eltern unter den Kindern für nöthig[415]). Ist dieses bei einem privilegirten Testamente nöthig, so sollte es bei einem gewöhnlichen regelmäßigen Privattestamente umsomehr verlangt werden. Es ist dies auch von mehreren, besonders älteren Juristen, behauptet worden. Andere unterscheiden, ob der Testirer nur Ein Testament hinterlassen oder mehrere Testamente errichtet hat, welche nach seinem Tode vorgebracht werden, und halten im ersten Falle die Beifügung des Datum für willkürlich, im zweiten Falle für nothwendig. Es läßt sich aber, wie schon bemerkt, die Nothwendigkeit der Beifügung des Datum aus den Gesetzen nicht erweisen[416]). So rathsam dann, wenn Jemand zu verschiedenen Zeiten Testamente errichtet hat, diese Beifügung ist, so bedarf es doch derselben nur des Beweises wegen, damit man wisse, welches das neueste Testament sei, nicht um der Solennität willen. Ist daher auf andere Art erweislich, welches das erste und welches das letzte Testament sei, so schadet auch der Mangel des Datum der Giltigkeit des Testamentes nichts. Die Beifügung des Datum in dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern als Erforderniß der Giltigkeit des Testamentes bleibt immer nur Ausnahme von der Regel; sie gehört hier zu der besonderen Form dieses Testamentes, welche, da sie an die Stelle der den Eltern erlassenen Feierlichkeiten der gewöhnlichen Testamentsform tritt, um so pünktlicher beobachtet werden muß, weil sie bei der Gewohnheit der Eltern, ihre Verfügungen bei Lebzeiten oft zu ändern, hauptsächlich dazu dienen soll, daß man den ernsten und bestimmten Willen der Eltern mit Zuverlässigkeit daraus erkenne. Es wird also durch diese Ausnahme die Regel nur noch mehr bestärkt. — Es kann Jemand mehrere Exemplare desselben Testamentes (plures codices), alle mit den nöthigen Förmlichkeiten versehen, hinterlassen, und es ist dies in den Institutionen wohl nur als Vorsichtsmaßregel für gewisse Fälle, ungeachtet des Ausdruckes: quod et interdum necessarium est, angerathen, z. B. wenn Jemand zu Schiff gehen und seinen letzten Willen mit sich führen, aber auch in der Heimath denselben zurücklassen will[417]). Mehrere mit gleicher Feierlichkeit gemachte Exemplare desselben Testamentes (duo codices, exemplaria testamenti) gelten alle als Originale,

---

414) §. 2. Inst. II. 17.

415) Nov. 107. cap. 1.

416) Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. Bd. 34, S. 468—475.

417) §. 13 Inst. II. 10. Diese aus des Florentinus Institutionen lib. X. entlehnte Stelle findet sich weniger vollständig in L. 24. D. 28. 1.

so daß, wenn Ein Exemplar sich vorfindet, das andere aber nicht existirt, das vorgefundene vollständig genügt, um daraus die bonorum possessio secundum tabulas zu bitten[418]). Mehrere solche Exemplare gelten nur für Ein Testament[419]). Dies ist in dem Falle unzweifelhaft, wenn in beiden Exemplaren des Testamentes dieselben Erben eingesetzt worden sind. Aber auch, wenn verschiedene Erben eingesetzt sind, gelten die beiden Exemplare, wenn sie zu gleicher Zeit und mit gleicher Förmlichkeit gemacht sind, als Ein Testament, und es kann aus dem einen wie aus dem anderen die bon. poss. sec. tab. gesucht werden[420]). Eine vom Originaltestamente genommene Abschrift (exemplum) hat nicht dieselbe Giltigkeit und Wirkung, wie das Original[421]).

b) mündlicher Testamente[422]). Wesentlich verschieden ist die Form eines mündlichen Testamentes, welches, wie die Constitution Theodosius II. sich ausdrückt[423]), per nuncupationem sine scriptura oder, wie die Notariatsordnung sagt[424]), durch mündliche Errichtung ohne schriftliche Solennität, aufgerichtet, und darum nuncupativum, das ist, ein ausgesprochen Testament genannt wird. Diese Form besteht darin, daß der Testator seinen letzten Willen vor den dazu erbetenen sieben Zeugen, welche auch hier, wie bei einem schriftlichen Testamente, zu gleicher Zeit versammelt sein und die dazu erforderlichen Eigenschaften haben müssen, vollständig und mit gehöriger Deutlichkeit, d. i. auf eine solche Art erkläre, daß den Zeugen nicht nur der ganze Inhalt des Testamentes, namentlich der Name des eingesetzten Erben, und wem sonst etwas hinterlassen werden soll, sondern auch in einer den Zeugen verständlichen Sprache bekannt gemacht werde, dabei auch der Testirer selbst und im Beisein der Zeugen so laut und vernehmlich spreche, daß ihn die Zeugen hören und verstehen können[425]). Der Unterschied des mündlichen Testamentes vom schriftlichen besteht also darin: 1) daß es, wie die Notariatsordnung sagt[426]), zu seinem Wesen oder Substanz keiner Schrift bedarf. Es ist zwar gewöhnlich und auch allerdings rathsam, daß der mündlich erklärte letzte Wille in eine schriftliche Urkunde gebracht werde; es geschieht dies aber zur Sicherung und Erleichterung des künftigen Beweises, ohne daß das Wesen des Testamentes dadurch geändert wird, welches vielmehr ein

---

418) L. 1. §. 5. D. 37. 11.
419) L. 3. §. 1. D. 43. 5. L. 4. D. 28. 4.
420) L. 1. §. 6. D. 37. 11.
421) L. 1. §. 7. D. 37. 1. Vgl. über die ganze Frage Glück a. a. O. Bd. 34, S. 475—479.
422) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 35, S. 1—32. Die Literatur s. ebd. S. 1, N. 1.
423) L. 21. C. VI. 23.
424) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 1.
425) L. 21. pr. D. 28. 1. L. 21. §. 2. L. 26. 29. C. VI. 23. §. 14. Inst. II. 10. Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 8.
426) Notariatsordn. a. a. O. §. 1.

mündliches bleibt und blos als ein solches zu beurtheilen ist. Ein mündliches Testament, welches in eine schriftliche Urkunde gebracht wird, heißt bei den Neueren testamentum nuncupativum in scripturam reductum[427]. Ob der schriftliche Aufsatz vom Testirer selbst noch vor dem Acte des Testirens, um seinem Gedächtnisse zu Hilfe zu kommen, oder derselbe während der Testamentshandlung oder erst nachher entweder von den Zeugen selbst, um ihrem Gedächtnisse zu Hilfe zu kommen, aus eigenem Antriebe gemacht, oder ob die Zeugen auf Verlangen des eingesetzten Erben zum ewigen Gedächtnisse vernommen und ihre Aussagen in eine Urkunde gebracht worden sind, ist gleichgiltig. Damit eine solche Urkunde volle Beweiskraft habe, verlangt die Notariatsordnung[428], daß in derselben aufgezeichnet werde, was bei der Testamentshandlung vorging, und daß es sofort vor dem Testator und den Zeugen, ehe diese von einander scheiden, vorgelesen werde. Es gilt dies aber wohl nur von dem Falle, wenn bei Errichtung des Testamentes ein Notar zugezogen worden ist, und solchenfalls giebt die von einem Notar mit Zuziehung von zwei Zeugen über das mündlich errichtete Testament verfertigte Urkunde vollen Beweis darüber, auch ohne weitere Abhörung der Zeugen. Aber auch wenn die Zeugen bei Lebzeiten des Testators zum ewigen Gedächtniß vernommen und ihre Aussagen in eine öffentliche Urkunde gebracht worden sind, ist diese Urkunde für beweisfähig zu halten. Doch wird Gegenbeweis durch eine solche Urkunde nicht ausgeschlossen, weil sie nicht das Testament selbst, sondern nur ein Beweismittel ist. Dagegen kann, wenn der Testirer seinen mündlich erklärten letzten Willen zu Papier gebracht hat und die Identität der zum Beweise vorgebrachten Schrift mit der vor den Zeugen für seine eigene, seinen mündlich erklärten Willen enthaltende anerkannten Schrift gewiß ist, diese Urkunde ebensowenig statthaftes Beweismittel sein, als wenn die Zeugen aus eigenem Antriebe über den ihnen mündlich erklärten letzten Willen eine Urkunde verfertigt und unterschrieben haben. Denn im ersten Falle ist die Erhebung der Schrift zur Eigenschaft eines Testamentes, und daß in dieser Schrift ein solches habe enthalten sein sollen, immer nur durch die Aussagen der sieben Zeugen möglich, und im zweiten Falle ist ein bloßer Privataufsatz vorhanden, der ein bloßes schriftliches Privatzeugniß sein würde und dem nach, dem Grundsatze: testibus, non testimoniis, credendum est, keine Beweiskraft beizumessen ist[429]. In Ermangelung einer beweisfähigen Urkunde kann der Beweis, daß ein mündliches Testament errichtet worden sei, nur durch die eidliche Aussage sämmtlicher sieben, bei der Errichtung desselben ver-

---

427) Nettelbladt, diss. de testamento nuncupativo in scripturam reducto. Hal. 1753. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 331 flg. Mühlenbruch Forts. Bd. 35, S. 6 flg.

428) Notariatsordn. a. a. O. §. 5.

429) Vgl. Sintenis, gem. Civilr. §. 190, N. 8, Bd. 3, S. 558 gegen Glück a. a. O. Bd. 35, S. 7 flg.

sammelten Zeugen geführt werden[430]). Denn daß die Testamentszeugen nicht blos wegen der Feierlichkeit der Handlung, sondern vorzüglich auch des künftigen Beweises wegen erfordert werden, ist nicht zu bezweifeln. Es kommt hier hauptsächlich eine Constitution von Justinian in Betracht[431]). In dieser ist von dem sog. legatum s. fideicommissum praesente herede relictum die Rede. Es kommt hiernach darauf an, ob der Honorirte das Vermächtniß durch den dem Onerirten angetragenen Eid oder durch andere Beweismittel führen will. Im ersten Falle kommt es lediglich darauf an, ob der Onerirte den Eid, den er nicht zurückgeben darf, schwören kann oder nicht. Von der Leistung oder Verweigerung des Eides hängt es ab, ob das Vermächtniß zu leisten ist oder nicht; es soll diesfalls auf Zeugen und andere äußere Beweise nicht ankommen. Wenn aber nicht der Eid angetragen ist, sondern es auf äußeren Beweis ankommt, so soll nicht blos der Beweis durch zwei Zeugen genügen. Dies geht aus folgenden Worten hervor: Cum enim res per testium solennitatem ostenditur: tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Die Frage von dem Beweise des Testamentes kann nicht eher entstehen, als nach dem Tode des Testirers, weil, so lange der Testirer lebt, ein Streit, ob ein Testament vorhanden sei, gar nicht denkbar ist. Es würde daher eine ganz zwecklose Subtilität sein, wenn blos zu der Zeit, wo das Testament errichtet wird, die Zahl der Zeugen erforderlich wäre, da bei Lebzeiten des Testirers das Testament noch gar keine Wirkung hat, sondern stets widerruflich ist. Daher ist die Meinung, welche von Vielen vertheidigt wird[432]), daß zum Beweise des Testamentes, welcher mit der Feierlichkeit der Errichtung nicht zu verwechseln sei, zwei Zeugen genügten, wenn diese eidlich aussagten, daß außer ihnen noch so viel andere testamentsfähige Zeugen als die Gesetze verlangen, gegenwärtig gewesen, vor denen der Testator seinen letzten Willen mündlich erklärt habe, und auch keine anderen Zeugen vorhanden sind, welche ihrer Aussage widersprechen, verwerflich. Denn der Beweis des mündlichen Testamentes kann nur durch die bei der Errichtung desselben zugezogenen Zeugen geführt werden[433]). Andere etwa zufällig bei der Testaments-

---

430) Vgl. Glück, diss. de testamenti privati solennis probatione per septem testes, in eo ordinando adhibitos, instituenda (in Opusc. Fasc. I.). Glück, Erl. der Pand. Bd. 7, S. 503 flg. Bd. 35, S. 6 flg. Sintenis, gem. Civilrecht §. 190 u. N. 8, Bd. 3, S. 556 flg.

431) L. 32. C. VI. 42.

432) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. Bd. 7, S. 505, N. 19. Mühlenbruch Fortf. Bd. 35, S. 8, N. 19.

433) Es geht dies vorzüglich aus den Worten der L. 31. C. VI. 23. hervor: Sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem, et quos heredes sibi relinquere voluerit; et hoc post mortem testatoris iurato deponant.

errichtung zugegen gewesene Zeugen genügen nicht; denn andere Zeugen sind bei Testamenten nicht giltig, als die bei der Errichtung des Testamentes um ihr Zeugniß besonders ersuchten Zeugen[434]). Es kann noch die Frage entstehen, ob ein mündliches Testament durch Eidesantrag erwiesen werden könne. Diese Frage ist zu verneinen[435]), theils weil das hier eintretende besondere Interesse den Schwörenden zur Begehung eines Meineides anreizt, theils weil auf solche Art dem Gegner zugemuthet wird, über ein fremdes Factum zu schwören, welches die Gesetze selbst für unbillig und rechtswidrig erklären, theils weil durch den Eid mittelbar jedes mündliche Testament, seinem Dasein und Inhalte nach, dem Gutdünken einer solchen Person, welche in Ansehung der Testamentshandlung für eine persona extranea im wesentlichen Verstande zu halten ist, wider die gesetzliche Vorschrift überlassen wird[436]). Nach allem diesem kann, wenn nicht mehr alle Testamentszeugen nach dem Tode des Testirers am Leben sind, das mündliche Testament keinen Erfolg und Ausgang haben. Ein weiterer Unterschied des mündlichen Testamentes vom schriftlichen ist 2), daß der Testator seinen Willen den Zeugen vollständig bekannt machen und so vortragen muß, daß er von allen vollkommen verstanden werde, während bei einem schriftlichen Testamente der Inhalt desselben den Zeugen verborgen bleiben darf. Der Testator muß also hier nicht nur den Namen oder die Namen der einzusetzenden Erben deutlich aussprechen und den Zeugen bekannt machen, sondern ihnen auch eröffnen, wen er mit Legaten oder Fideicommissen bedenken und was er außerdem auf den Todesfall verfügen will. Ungeachtet der klaren Vorschrift sowohl im römischen Rechte[437]) als in der Notariatsordnung[438]) hat man dennoch die Frage aufgeworfen, ob sich der Testator, ohne den Erben zu nennen, auf eine bestimmte Urkunde beziehen könne, in welcher sich der Name des Erben und alles Uebrige aufgezeichnet finden werde, und sehr viele Juristen haben diese Frage bejaht und ohne alles Bedenken den Satz aufgestellt, daß eine sog. mystische Erbeinsetzung auch bei einem mündlichen Testamente zulässig sei[439]). Allerdings wird bei einem schriftlichen Testamente die Bezeichnung der Person des Erben durch Verweisung auf eine bestimmte Urkunde oder Codicill ausdrücklich gestattet[440]) und ein Testament, in

---

434) L. 21. §. 2. D. 28. 1.

435) L. 12. D. 22. 5.

436) Aus diesen Gründen hält Glück, Erl. der Pand. Bd. 7, S. 508 flg. den Eidesantrag für kein zulässiges Beweismittel.

437) L. 21. pr. D. 28. 1. L. 26. 29. C. VI. 23.

438) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 8.

439) Vgl. darüber Mühenbruch Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 35, S. 13 flg. Ebd. S. 14, N. 18 werden die Schriftsteller, welche die gedachte Frage bejahen, angeführt; ihnen füge hinzu Arndts im Art. Erbeinsetzung Bd. III, S. 919, N. 77.

440) L. 10. pr. D. 28. 7. Zu vergleichen sind noch L. 36. 77. D. 28. 5. L. 38. D. 35. 1. L. 12. D. 37. 11.

dem dies geschehen ist, heißt bei den Neueren testam. mysticum, implicitum, relatum, relativum. Allein man darf hiervon keinen Schluß auf mündliche Testamente machen. Bei einem schriftlichen Testamente ist die mystische Erbeinsetzung sehr wohl daraus zu erklären, daß die Zeugen den Inhalt des Testamentes nicht zu wissen brauchen, worin es sich gerade vom mündlichen wesentlich unterscheidet, bei welchem nach dem klaren Buchstaben der Gesetze zur wesentlichen Form gehört, daß der Testator seinen letzten Willen den Zeugen vollständig, und also mit Angabe des Namens des Erben, der Legatare, und alles dessen, was er sonst noch auf den Todesfall verfügen will, eröffne. Eine mystische Erbeinsetzung streitet aber offenbar gegen diese Form, weil die Zeugen den Namen des Erben dabei nicht erfahren, den sie schlechterdings wissen sollen. Es ist daher auch die mystische Erbeinsetzung von jeher von den angesehensten Juristen in einem mündlichen Testamente für unzulässig erachtet worden [441]). Man hat sich zwar auf eine entgegenstehende Praxis berufen; allein wenn auch einige Gerichtshöfe und Spruchbehörden so erkannt haben sollten, so ist daraus ein feststehendes, den klaren Gesetzen derogirendes Gewohnheitsrecht noch nicht abzuleiten, umsoweniger als es an entgegengesetzten Entscheidungen anderer Gerichtshöfe und Spruchbehörden nicht fehlt. Ein fernerer Unterschied des mündlichen Testamentes vom schriftlichen ist 3), daß die Zeugen die Sprache des Testators vollkommen verstehen müssen, und zwar sämmtliche Zeugen. Es kann daher auch nicht bezweifelt werden, daß, wenn auch nur Ein Zeuge den Testator nicht verstanden hat, das ganze Testament ungiltig ist. Damit die Zeugen den Testirer vollkommen verstehen, muß derselbe sich nicht nur einer sämmtlichen Zeugen verständlichen Sprache bedienen, sondern er selbst muß auch so deutlich, so laut und vernehmlich sprechen, daß er von allen Zeugen gehört und vollkommen verstanden werden kann. Es ist dies nothwendig, weil sie künftig von dem, was sie gehört haben, Zeugniß ablegen müssen. Eine weitere besondere Eigenheit des mündlichen Testamentes ist 4), daß bei ihm der Act der Willenserklärung mit der feierlichen Testamentshandlung so innig verbunden ist, daß beide auf keine Weise von einander sich trennen lassen. Bei einem schriftlichen Testamente hingegen sind beide Handlungen ganz verschieden von einander und daher von einander unabhängig. Die Willenserklärung, welche hier durch das schriftliche Aufsetzen des Testamentes geschieht, ist von der feierlichen Testamentshandlung ganz verschieden; es können daher auch beide Handlungen zu ganz verschiedenen Zeiten geschehen, so daß ein langer Zwischenraum zwischen beiden liegt, und nur wenn es zur wirklichen Solennisirung des schriftlich abgefaßten Testamentes kommt, muß alles zu derselben

---

441) Siehe die Citate bei Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 35, S. 21, N. 30. Füge hinzu Mühlenbruch selbst a. a. O. und Sintenis, gem. Civilr. §. 169, N. 16, Bd. 3, S. 380.

Zeit und ohne Unterbrechung geschehen. Ganz anders ist es bei dem mündlichen Testamente, was keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf. Daß die Rogation der Zeugen auch bei dem mündlichen Testamente nöthig ist, folgt schon daraus, daß solche ein allgemeines Erforderniß bei dem regelmäßigen Privattestamente ist. Der Zweifel, welcher aus einer Verordnung Justinian's [442]) dagegen abgeleitet werden könnte, weil hier die Rogation bei dem mündlichen Testamente nicht speciell erwähnt, sondern gesagt wird: in testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus: ut, postquam septem testes convenerint, satis sit, voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari, wird theils dadurch beseitigt, daß nach einer Novelle [443]) auch bei Handlungen unter Lebenden, zu deren Beweis mehr als zwei Zeugen erforderlich sein sollen, zur Giltigkeit des Zeugnisses besondere Rogation der Zeugen vorausgesetzt wird, theils dadurch, daß die Notariatsordnung auch bei dem mündlichen Testamente die Rogation der sieben Zeugen ausdrücklich für nothwendig erklärt [444]). — Die Frage, ob ein Testament noch als ein mündliches gelten könne, wenn es als ein schriftliches ungiltig ist [445]), wird von Vielen verneint, außer wenn der Testator ausdrücklich erklärt hat, es solle als mündliches Testament gelten, wofern es als schriftliches nicht bestehen könne, oder die Codicillarclausel beigefügt hat; sie ist aber vielmehr zu bejahen, wenn nur die Form eines mündlichen Testamentes vollkommen beobachtet worden ist und auch der Testirer nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er schriftlich testiren wolle. Der Testator kann nämlich beide Formen mit einander verbinden. Es enthält auch keinen Widerspruch, wenn derselbe Testator den Zeugen seinen letzten Willen sowohl mündlich erklärt, als auch denselben, in einen schriftlichen Aufsatz gebracht, den Zeugen zur Unterschrift und Untersiegelung vorlegt, nachdem er ihn selbst in ihrem Beisein unterschrieben hat. Kann nun das Testament wegen eines Formfehlers nicht als schriftliches bestehen, so bedarf es jener Clausel nicht, wenn es zugleich alle Erfordernisse eines mündlichen Testamentes hat und als solches schon an sich gelten kann. Die Verbindung beider Formen von Seiten des Testators kann immer nur den Zweck haben, daß das Testament wenigstens in einer von beiden, nämlich

---

442) L. 26. C. VI. 23.

443) Nov. 90. cap. 2.

444) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 8.

445) Vgl. darüber Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 35, S. 29 flg., dessen Ansicht wir folgen. A. M. ist Sintenis, gem. Civilrecht §. 169, Bd. 3, S. 281 flg., wenigstens insofern als er wegen Vorhandenseins der Testamentsurkunde selbst, in Ermangelung der ausdrücklich erklärten Absicht des Testirers, beide Formen mit einander verbinden zu wollen, eine Vermuthung gegen diese Absicht annimmt, und daher eine entsprechende Clausel in der Urkunde, bezüglich eine jeden Zweifel beseitigende Erklärung des Testirers gleich von Anfang an gegen die Zeugen anempfiehlt. Die weitere Ausführung seiner Ansicht siehe in N. 17, S. 280—282.

in der Form gelten solle, in welcher es den Rechten nach bestehen kann, wenn dieses vom Testator auch nicht ausdrücklich erklärt worden ist. Nur muß der Testator nicht ausdrücklich erklärt haben, daß das Testament nur als ein schriftliches gelten solle, weil er dann nicht hat mündlich testiren wollen. Es wird daher in der Praxis als Cautel mit Recht empfohlen, daß auch bei schriftlichen Testamenten den Zeugen der Inhalt des Testamentes eröffnet werde, damit es im Nothfalle als ein mündliches gelten könne.

2) Außerordentliche Formen. a) Testament der Soldaten (testamentum militare)[446]). Unter demselben kann man das zu Gunsten des Soldatenstandes von den äußeren Solennitäten und anderen Erfordernissen einer zu Recht beständigen letztwilligen Verfügung entbundene Testament verstehen. Dieses Testament ist den beschränkenden Bestimmungen des ius publicum überall nicht unterworfen; es entscheidet lediglich der Wille des Testators, oder wie es ausgedrückt wird, Soldaten können testiren, quomodo volent, quomodo poterunt[447]). Hierdurch erklären sich von selbst alle Abweichungen von den Regeln des civilrechtlichen Erbrechtes. Als Urheber des militärischen Testamentsprivilegiums wird Cäsar genannt[448]); doch war seine hierauf bezügliche Verordnung kein Gesetz, sondern nur eine, so lange er herrschte, giltige Regierungsverfügung, concessio temporalis, wie Ulpian sagt. Dieses Privilegium bedurfte daher einer Erneuerung unter den folgenden Kaisern. Dann wird Titus als derjenige genannt, welcher es zuerst erneuerte, hierauf Domitian, dann Nerva, von welchem gesagt wird: plenissimam indulgentiam in milites contulit. Diesem folgte Trajan, und seitdem wurde den Instructionen der Beamten (mandata) ein besonderes die Testamente der Soldaten betreffendes Capitel einverleibt, welches uns wörtlich erhalten ist[449]). Erst durch Trajan erhielt das Privilegium seinen vollen Umfang; wie weit es unter seinen drei genannten Vorgängern ging, ist nicht gesagt; nur das von Nerva ertheilte Privilegium scheint nach den erwähnten Worten schon ziemlich denselben Umfang gehabt zu haben wie unter Trajan. Noch wird von Florentinus[450]) ein auch in den Institutionen[451]) erwähntes Rescript Trajan's an einen gewissen Statilius Severus angeführt und mitgetheilt[452]), dessen Sinn nach dem ganzen Zusammenhange folgender ist: das Soldatentestament ist

446) Quellen: Dig. 29. 1. 37. 3. Cod. VI. 21. Inst. II. 11. Literatur: Haenel, diss. I. II. de testamento militari. Lips. 1815. 1816. Mühlenbruch in der Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42, S. 19—130.

447) L. 1. pr. D. 29. 1. von Ulpian.

448) L. 1. pr. D. cit.

449) L. 1. pr. D. cit.

450) L. 24. D. 29. 1.

451) §. 1. Inst. II. 11.

452) Eine kurze Erläuterung dieses Rescriptes giebt Mühlenbruch a. a. O. S. 27 flg.

zwar von aller Form entbunden, jedenfalls muß aber darüber Gewißheit vorliegen, daß der Soldat durch seine Erklärung alles Ernstes die Errichtung seines Testamentes beabsichtigte; hat er also zu diesem Zwecke Andere um sich versammelt und diesen seine Absicht zu testiren eröffnet, so ist die von ihm erfolgte Ernennung eines Erben als wahres Testament anzusehen; eine nur gelegentlich und gesprächsweise, wie es wohl zu geschehen pflegt, geschehene Erklärung dieser Art ist aber für kein Testament zu halten; dies verlangt das eigene Interesse derer, welche ein solches Privilegium erhalten haben, sonst würden sich leicht genug Zeugen finden, welche das Dasein eines Testamentes, woran im Ernste gar nicht gedacht wurde, bekundeten[453]). Als Grund des Vorrechtes wird hauptsächlich die bei Soldaten anzutreffende Rechtsunwissenheit und Geschäftsunerfahrenheit angeführt[454]). Dagegen ist in einer Stelle, wo von der Ausdehnung dieses Vorrechtes auf Nichtsoldaten, welche sich mit den Soldaten im Gewühl des Kampfes befinden, gesprochen wird, auch von den Gefahren des Soldatenstandes die Rede, und die gleiche Gefahr jener mit den Soldaten wird als Grund angeführt, warum ihnen auch dasselbe Recht in Ansehung der Testamentserrichtung zustehen müsse[455]). Hierdurch ließe sich auch das Privilegium am meisten rechtfertigen, wenigstens soweit es im Erlaß der rechtlichen Form besteht. Da aber dieses Grundes nur bei Gelegenheit jener Ausdehnung Erwähnung geschieht, sonst aber immer nur die simplicitas und imperitia militum als Grund des Vorrechtes angeführt wird, so muß letzterer Grund als der hauptsächlichste gelten. Bestritten ist, ob das Testamentsprivilegium auf Soldaten beschränkt sei, welche sich im Kriege befinden. In den Institutionen[456]) wird den Soldaten das Vorrecht gestattet: videlicet, cum in expeditionibus occupati sunt, und auf eine Constitution Justinian's, welche dies eingeführt habe, Bezug genommen: illis autem temporibus, per quae, citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel in suis sedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adiuvantur. Die erwähnte Constitution findet sich im Codex[457]) und gestattet das Testamentsprivilegium: his solis, qui in expeditionibus occupati sunt. In den Institutionen wird ferner bemerkt[458]), den Soldaten stehe das Privilegium zu, quatenus militant et in castris degunt; extra castra müßten sie aber nach gemeinem Rechte testiren. Das in expeditionibus oder in castris esse bedeutet nach der gewöhnlichen Meinung soviel, als: im Feldlager oder in der Schlacht selbst, so daß also der in Garnison (in praesidiis, stativis, hibernis) stehende

---

453) Diese Auslegung ist auch die des Theophil. ad §. 1. Inst. II. 11. ed. Reitz p. 351. sq.

454) Pr. Inst. II. 11. L. 1. pr. D. 29. 1. L. 3. C. VI. 21.

455) L. 1. pr. D. 37. 13.

456) Pr. Inst. II. 11.

457) L. 17. C. VI. 21. von 529.

458) §. 3. Inst. II. 11.

Soldat nach gemeinem Rechte testiren muß. Nach einer anderen Ansicht sollen diese Ausdrücke nur so viel sagen: der Soldat müsse sich in Dienstgeschäften befinden, was auch der Fall sei, wenn er sich in seinem Standquartiere befinde; das Privilegium werde also nur demjenigen abgesprochen, welcher zwar noch dem activen Militär angehöre, aber augenblicklich außer Dienst sei, z. B. ein Beurlaubter[459]). Es ist zwar nicht zu leugnen, daß in expeditione esse heißen kann, in Dienstgeschäften sein, und daß castra auch militärische Standquartiere bedeuten kann, namentlich mit dem Zusatze stativa. Ein weiteres Argument für letztere Ansicht wird aus Justinian's Verordnung über die Restitution der Soldaten[460]) abgeleitet, wo unterschieden wird, ob der Soldat in expeditione occupatus gewesen sei oder in suis aedibus gelebt habe; im ersten Falle sollen ihm Einreden gegen den Lauf der Verjährung zustehen und Restitution zukommen, im zweiten nicht. Hieraus wird auch geschlossen, daß im pr. Inst. II. 11. statt in suis sedibus, zu lesen sei, in suis aedibus. Allein wenn auch darauf kein Gewicht zu legen ist, daß auch in der zuletzt gedachten Constitution von Holoander ebenfalls sedibus gelesen wird, indem die Lesart aedibus das bestimmte gleichzeitige Zeugniß des Thaleläus in dem *τὸ κατὰ πόδος* dieser Constitution für sich hat, welcher *ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις* übersetzt[461]), so wird doch die Lesart sedibus in der Institutionenstelle auf das bestimmteste durch das gleichzeitige Zeugniß des Theophilus unterstützt, welcher die fraglichen Worte so wiedergiebt: *ἢ ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτῶν σεδέτοις, τουτέστιν, ἔνθα διάγειν αὐτοὺς ἀνάγκη*[462]), wonach also die Soldaten das Vorrecht nicht genießen an den Plätzen, wo sie sich aufhalten müssen, worunter nur das gewöhnliche Standquartier verstanden werden kann. Es kann hiernach in expeditione und in castris esse, welches Theophilus sehr bestimmt den *σεδέτοις* entgegensetzt, nur den Sinn haben, daß es bedeutet, im Feldlager sein, eine Bedeutung, in welcher es auch bei anderen Schriftstellern häufig den sedes, hiberna u. s. w. entgegengesetzt wird. Die Beschränkung des Testamentsprivilegiums auf die zu Felde liegenden Soldaten rührt erst von Justinian her, wie er selbst in den Institutionen sagt. In den Digesten findet sich noch keine Spur einer Beschränkung in Ansehung des Ortes. Wenn in einigen Stellen des Codex[463]), welche älter sind als die Justinianeische Constitution, auch

---

459) Dies ist besonders die Ansicht von Cuiacius, consultat. nr. 49. Ihm folgen Andere, welche bei Mühlenbruch a. a. O. S. 34, N. 85 angeführt sind. Noch unterscheiden Manche, wie Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 481, Nr. 1, zwischen Winterquartieren und dem Garnisonsorte und gestatten das Privilegium in den ersteren.

460) L. 8. C. de restitut. militum. (II. 50. (51.))

461) Vgl. Basil. Lib. X. Tit. 33. cap. 8. edit. Heimb. T. I. p. 539.

462) Theophil. ad pr. Inst. II. 11. edit. Reitz p. 348. 349.

463) L. 1. 15. C. VI. 21. Erstere Stelle rührt von Caracalle, letztere von Constantinus M. her.

von miles in expeditione occupatus, in expeditione degens die Rede ist, so beruht dies wohl lediglich auf einer Interpolation der Bearbeiter des Codex. — Was die Personen anlangt, welche militärisch testiren dürfen, so wird als Regel die Fähigkeit zu testiren vorausgesetzt. Diese Regel leidet folgende Modificationen: 1) ein wegen Dienstvergehens zu einer Capitalstrafe verurtheilter Soldat darf wenigstens über die bona castrensia militärisch testiren; nur darf er nicht wegen Handlungen, wodurch er geradezu seinen Eid verletzte, verurtheilt sein[464]); 2) taubstumme Soldaten können testiren, wenn sie nur ihren Willen auf irgend verständliche Weise erkennen zu geben vermögen[465]); 3) Soldaten können sich in Ungewißheit oder Zweifel darüber befinden, ob sie die zum Testiren erforderliche Rechtsfähigkeit (status) haben, und dennoch testiren, wenn nur diese Fähigkeit wirklich vorhanden war[466]). Das militärische Testamentsprivilegium kommt in der Regel nur den wirklichen Soldaten zu. Es beginnt erst mit dem wirklichen Eintritt in den Dienst und dauert bis zur Verabschiedung. Ausgeschlossen sind mithin die Recruten (tirones, in numerum nondum relati)[467]) sowie die Verabschiedeten, auch wenn sie die Rechte der Veteranen genießen, also nicht schimpflich entlassen sind[468]). Seesoldaten und die auf der Flotte dienenden Matrosen und Ruderknechte haben in Ansehung des Testirens dieselbe Befugniß wie die Landsoldaten[469]). Justinian hat das Privilegium nach dem vorher Bemerkten auf die milites in expeditione occupati beschränkt. Hierunter ist auch erstlich der Fall begriffen, wenn das Heer auf dem Marsche sich befindet, sollte es auch gar nicht zur Schlacht kommen; denn es ist nicht gesagt, daß der Soldat nur im Feldlager oder in der Schlacht das Privilegium haben solle. Ein zweiter hierunter begriffener Fall ist, wenn nicht wider einen auswärtigen Feind, sondern wider Aufrührer oder Räuber marschirt wird; ein dritter, wenn sich der Soldat in einer belagerten Festung befindet. Ob dagegen einem schwer verwundeten Soldaten, welcher nach einem anderen Orte geschafft wird, das Privilegium zustehe, kann bezweifelt werden, weil ihm hier keine augenblickliche Gefahr droht; Manche gestatten auch hier das Privilegium[470]). Manche haben behauptet, die Beschränkung gehe blos auf die Form, in Ansehung des Inhaltes aber sei dem Soldaten

---

464) L. 11. pr. D. 29. 1.

465) L. 4. D. 29. 1.

466) L. 11. §. 1. 2. D. 29. 1. Mit Unrecht beschränkt Buchholtz, jurist. Abhdl. S. 398 flg., dies nur auf den Zweifel des Soldaten darüber, ob er sui oder alieni iuris sei. Zwar sprechen die angeführten Stellen nur von diesem Zweifel; sie enthalten aber, wie so oft, Anwendung eines allgemeinen Satzes blos auf eine Art der mangelnden Rechtsfähigkeit. Mühlenbruch a. a. O. S. 40.

467) L. 42. D. 29. 1.

468) §. 3. Inst. II. 11. L. 40. pr. L. 92. D. 35. 2. L. 20. pr. L. 21. fin. D. 29. 1.

469) L. 1. §. 1. D. 37. 13.

470) Stryk, usus modern. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 1. §. 4.

sein früheres Recht ungeändert geblieben, er möge sich aufhalten, wo er wolle[471]). Dafür läßt sich geltend machen, daß das Privilegium mit der Rechtsunerfahrenheit der Soldaten in Verbindung gebracht wird, welche aber im Feldlager ebenso wie in der Garnison bei ihnen vorhanden ist. Dann ist in dem pr. Inst. II. 11. ausdrücklich nur von äußeren Testamentsformen, welche den Soldaten erlassen seien, jedoch nach Justinian's Vorschrift nur den in expeditione befindlichen, die Rede. Allein wenn auch für die Nichtbeobachtung der äußeren Form während des Krieges und in der Schlacht noch als besonderer Grund die Schwierigkeit ihrer Anwendung hinzutritt, so ist doch das Mißverhältniß zwischen dem ersten Grunde und Justinian's Neuerung stets in gleichem Grade vorhanden, die Beschränkung möge allgemein verstanden oder blos auf die Form bezogen werden; der Rechtsunkundige erhält auch durch den Aufenthalt außer dem Lager keine Kenntniß der Förmlichkeiten eines Testamentes. Der erste Grund würde also zu viel beweisen. Aehnliches gilt vom zweiten Grunde. Denn wenn man auf ihn besonderes Gewicht legte, so würde daraus abzuleiten sein, daß das Privilegium überhaupt nur auf die Form sich bezogen habe. Es ist aber die Erwähnung der äußeren Feierlichkeiten nur als beispielsweise geschehen anzunehmen, veranlaßt durch den Inhalt des unmittelbar vorhergehenden Institutionentitels de testamentis ordinandis, auf welchen sich Justinian auch bezieht. Daß aber das Privilegium sich auch auf den Inhalt bezog, ergiebt sich klar durch die Entscheidung, daß ein Soldat, welcher in expeditione occupatus testirt, nicht nöthig hat, seine Kinder zu enterben[472]). Weiter geht die Notariatsordnung[473]). Ohne Zweifel versteht das Gesetz unter dem Ausdrucke Ritter Soldaten überhaupt; der Gesetzgeber hat wohl diesen Ausdruck deshalb gebraucht, weil die Ritter sonst vorzugsweise als der Kern des Heeres betrachtet wurden, was sich erst kurz vor Maximilian I. und unter demselben nach und nach durch die Schweizerkriege änderte, seit welchen allmälig das Fußvolk der Kern des Heeres wurde[474]). Der Gesetzgeber spricht an der fraglichen Stelle auch noch von anderen privilegirten Testamenten, wie von dem der Bauern und dem der Eltern unter ihren Kindern; er hatte

471) S. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 45, N. 25.

472) §. 6. Inst. II. 13. Mühlenbruch a. a. O. S. 45 flg.

473) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 2: von Rittern, die zu Feld, und doch nicht zu Streit wären, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween. Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solennität und Form und wie sie wollen. Jedoch die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Feld liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen.

474) Manche verstehen den Ausdruck nur von eigentlichen Rittern und behaupten, daß für die zum stehenden Heere gehörigen Soldaten das Justinianeische Recht ungeändert geblieben sei. Andere halten blos das Recht der Officiere durch das Reichsgesetz für beschränkt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 47, N. 27.

also offenbar die Absicht, in Betreff einiger dem römischen Rechte bekannten privilegirten Testamente bestätigende oder abändernde Vorschriften zu geben. Die Notariatsordnung unterscheidet drei Fälle. Soldaten, welche zu Felde liegen, aber nicht in der Schlacht begriffen sind, müssen vor mindestens zwei Zeugen testiren. Dies ist eine ganz neue Bestimmung. Soldaten, welche in der Schlacht begriffen sind, können ohne alle Form testiren und wie sie wollen. Soldaten, welche nicht im Felde sind, müssen nach gemeinen Rechten testiren. Unter letzteren sind alle zu verstehen, welche auch Justinian an die gemeinrechtlichen Erfordernisse bindet. Der Unterschied zwischen Soldaten, welche im Felde, und solchen, welche in der Schlacht testiren, ist wahrscheinlich aus der Accursischen Glosse[475]) in die Notariatsordnung übergegangen. Das Privilegium der Soldaten ist aber auch den in hostico oder hosticolo testirenden Nichtsoldaten eingeräumt (testamentum pagan. in hostico conditum, quasi militare)[476]). Es giebt darüber zwei Digestenstellen, beide von Ulpian[477]). Hosticum ist hier hostilis locus, hosticus locus, buchstäblich: Feindesland. Allein in diesem buchstäblichen Sinne ist es nicht zu nehmen, weil sonst jeder, welcher sich im feindlichen Lande befände, militärisch testiren könnte, umgekehrt dies aber für einen Nichtsoldaten auch während der größten Gefahr nicht möglich sein würde, wenn das Heer nicht gerade in Feindesland ist. Ohne Zweifel liegt der Grund der Ausdehnung des militärischen Privilegiums auf Nichtsoldaten in der nahen dringenden Gefahr, welche die Anwendung der gesetzlichen Formen meistens unmöglich machen wird. In hostico bedeutet: an einem Orte, wo gerade gekämpft wird. Diese Erklärung wird durch die Synopsis Basilicorum bestätigt[478]). Wenn also ein Nichtsoldat an einem Orte, wo gerade gekämpft wird, sich befindet, testirt und bei dieser Gelegenheit umkommt, so gilt das Testament, gleichwie das eines Soldaten, ohne alle weitere Form. Der Unterschied, der im römischen Rechte zwischen dem Privilegium der Soldaten und der in hostico testirenden Nichtsoldaten darin sehr bestimmt hervortritt, daß bei Letzteren eine gegenwärtige Lebensgefahr

---

475) Gl. Acc. hominibus ad §. 1. Inst. II. 11.

476) Die Literatur darüber siehe bei Mühlenbruch a. a. O. S. 45, N. 25. S. 48, N. 31, besonders wichtig ist Haenel, diss. II. de testamento militari. Lips. 1816.

477) L. 44. D. 29. 1. L. 1. pr. D. 37. 11. In der ersten Stelle ist die Lesart hostico, in der zweiten zweimal nach der Florentiner Handschrift hosticolo, wobei von späterer Hand die Sylbe co über die Zeile geschrieben ist, wahrscheinlich um anzudeuten, daß hostico loco zu lesen ist.

478) Die Synopsis p. 326., aus welcher Basil. XXXV. 21. 37. th. 1. * restituirt ist, giebt das si in hostico deprehendatur, in L. 44. D. 39. 1. wieder: *ἐὰν ἐν τῷ πολέμῳ καταληφθέντες*, si in bello (acie) deprehensi. Die Synopsis p. 327., woraus Basil. l. c. th. 2. * restituirt ist, giebt das si in hosticolo deprehendantur in L. 1. pr. D. 37. 13. wieder: *ἐαν ἐν πολεμουμένῳ τόπῳ καταληφθῶσι*, si in loco, in quo pugnatur, deprehendantur.

Bedingung des Privilegiums ist, tritt durch die Bestimmung der Notariatsordnung etwas zurück, indem jetzt auch nur die in Uebung des Streites befindlichen Soldaten von aller Form entbunden sind; immer aber bleibt der Unterschied, daß der Soldat auf dem Marsche, im Feldlager, allein nicht in der Schlacht, sich befindet, jedenfalls vor zwei Zeugen testiren kann, während dem Nichtsoldaten in einer solchen Lage überall kein Vorrecht zusteht. Auch wird das von einem Nichtsoldaten in hostico errichtete Testament sofort ungiltig, wenn der Testator nicht daselbst auch stirbt oder, wie man mit Recht annimmt, wenn auch an einem anderen Orte, doch infolge einer dort erhaltenen tödtlichen Verwundung; während das Testament eines Soldaten noch ein Jahr nach seiner Verabschiedung gilt, wovon später. Noch sind zwei Fragen zu beantworten. 1) Die erste Frage ist, ob das Vorrecht der in hostico Testirenden allen und jeden Nichtsoldaten, welche sich in der Schlacht befinden oder nur denjenigen zustehe, welche sich ihres Berufes halber oder wenigstens mit Vorwissen und Genehmigung des Vorgesetzten bei dem Heere aufhalten[479]). Viele beschränken das Privilegium auf die ihres Berufes halber bei dem Heere sich aufhaltenden Nichtsoldaten und berufen sich darauf, daß den Soldaten dieses Vorrecht wegen der Gefahren, denen sie durch ihren Beruf (officium publicum) ausgesetzt sind, eingeräumt sei, und wenn auch als Grund der Ausdehnung die gleiche Gefahr der pagani angegeben werde, es doch die Consequenz erfordere, das Recht der Soldaten Keinem einzuräumen, welcher nicht Berufes halber bei dem Heere sich aufhält. Ein anderer Grund wird von den Worten der einen Digestenstelle sowohl (omnes omnino, qui eius sunt gradus, ut iure militari testari non possint) als von dem gewählten Beispiel (sive praeses sit provinciae), welche auf öffentliche Beamte hinwiesen, abgeleitet sowie eine solche Hinweisung auch in der anderen Stelle gefunden. Allerdings mögen wohl die in der einen Stelle erwähnten Rescripte durch Fälle veranlaßt worden sein, wo die Frage über Giltigkeit der Testamente solcher Personen, welche, ohne Soldaten zu sein, sich Berufes halber bei dem Heere aufhielten, entstanden war. Allein bei der Auslegung dieser Rescripte hielt man sich lediglich an den Grund, daß, wer sich in gleicher Gefahr mit den Soldaten befindet, ohne die Erfordernisse des gemeinen Rechtes testiren könne. Dies geht aus der ganzen Ausdrucksweise an beiden Stellen hervor. Der Ausdruck ist in beiden so allgemein gehalten, daß eine Beschränkung des Privilegiums auf diejenigen, welche sich Berufes halber oder im höheren Auftrage bei dem Heere aufhalten, willkürlich erscheint. Es ist daher die Meinung vorzuziehen, daß alle diejenigen dieses Privilegiums theilhaftig sind, welche während der Schlacht testiren. Davon sind jedoch diejenigen auszunehmen, welche ungeachtet eines

---

479) Vgl. über diese Frage Mühlenbruch a. a. O. S. 52 flg., welcher auch die Vertheidiger der verschiedenen Meinungen anführt.

Verbotes oder unerlaubter Zwecke halber dem Heere folgen; es kann ihnen kein Vorrecht in Bezug auf eine Lage zustehen, in welche sie sich durch ihre unerlaubte Handlung selbst versetzt haben. 2) Eine fernere Frage ist, ob das Privilegium der in hostico testirenden Nichtsoldaten sich blos auf die Form oder auch, wie bei Soldaten, auf die sonstigen Erfordernisse eines rechtsgiltigen Testamentes beziehe[480]. Da in beiden Stellen von den in hostico testirenden Nichtsoldaten ganz dieselben Ausdrücke gebraucht werden, wie von den Soldaten (quomodo velint, et quomodo possint, testabuntur)[481], da in der einen ausdrücklich gesagt wird, daß die in hostico testirenden Nichtsoldaten, weil sie gleicher Gefahr wie die Soldaten ausgesetzt sind, mit Recht auch dieselben Rechte in Anspruch nehmen:, quamquam enim distat conditio militum ab his personis, quas constitutiones principales separant, tamen qui in procinctu versantur, cum eadem pericula experiantur, iura quoque eadem merito sibi vindicant, so scheint es eine mit dieser ganz allgemeinen Gleichstellung beider unvereinbare Ansicht, das Privilegium der in hostico testirenden Nichtsoldaten lediglich auf die äußere Testamentsform zu beschränken. Wenn auch das Privilegium der Soldaten nicht blos darauf gestützt wird, daß sie während der Schlacht nicht im Stande seien, die gesetzlichen Vorschriften zu beobachten, sondern auf ihre präsumtive Rechtsunkenntniß, bei Nichtsoldaten hingegen lediglich auf die mißliche Lage, worin sich Jeder im Gewühl der Schlacht befindet, so ist doch nicht anzunehmen, daß jene erwähnten Ausdrücke hier in einem anderen Sinne als bei den Soldaten verstanden worden seien, zumal beide rücksichtlich des Privilegiums einander ausdrücklich völlig gleichgestellt werden (iura quoque eadem merito sibi vindicant). Wir halten daher jene Beschränkung für eine nicht zu rechtfertigende[482]. — Das Privilegium der Soldaten bezieht sich theils auf die Rechtsform, theils auf den Inhalt des Testamentes. 1) Was die Rechtsform betrifft, so bedürfen die Testamente derjenigen, welche militärisch zu testiren befugt sind, nach römischem Rechte überall keiner Rechtsform; es genügt jede verständliche Willenserklärung, wenn sie nur erwiesen werden kann und über die ernstlich gemeinte Absicht des Testators kein Zweifel vorhanden ist[483]. Der Soldat kann sich daher auch der sonst unzulässigen Zeichensprache (notae) bedienen[484]. Selbst wenn ein verwundeter Soldat seinen letzten Willen mit Blut auf seinen Waffen oder mit seinem Schwerte im Staube andeutet, ist dies ein giltiges Testament[485].

---

480) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 57 flg.

481) Vgl. L. 1. pr. D. 29. 1.: Faciant igitur testamenta, quomodo velint, faciant, quomodo poterint.

482) A. M. ist Mühlenbruch a. a. O. Sintenis, Civilr. §. 170, N. 7, Bd. 3, S. 387.

483) L. 1. pr. L. 24. D. 29. 1. §. 1. Inst. II. 11.

484) L. 40. pr. D. 29. 1.

485) L. 15. C. VI. 21.

Unerheblich ist es, ob der Testirer seinen letzten Willen gerade in der Form, wie er es beabsichtigte, kund gegeben hat, wenn nur feststeht, daß die von ihm ausgesprochene Erklärung sein Testament sein sollte. Darum gilt das Testament, wenn er nach gemeinrechtlichen Vorschriften zu testiren beabsichtigte, diese Form aber nicht beobachtet ist; es ist deshalb noch nicht anzunehmen, daß er auf sein Recht, daß das Testament auch ohne Form gelten könne, verzichtet habe. Denn eine Form wird ja nicht deshalb gewählt, damit das Testament angefochten werden könne, wenn nicht alles nach dem Gesetze hierzu Erforderliche beobachtet ist, sondern damit es aufrecht erhalten werde; ist dies ohne jene Form zu erreichen, so kann auch jene Absicht der Rechtsgiltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun[486]). Deshalb ist auch, wenn der Testator, welcher schriftlich testiren wollte und seinen letzten Willen einem Notar in Zeichenschrift aufzuschreiben dictirte, vor der Abfassung des Testamentes in Buchstabenschrift gestorben ist, seine Willenserklärung ein giltiges Testament, wenn sie nur erwiesen werden kann[487]). Daher ist auch ein testamentum imperfectum eines Soldaten giltig, weil es eben lediglich auf die bloße Willensäußerung ankommt[488]). Testamentum imperfectum kann sowohl ein der gesetzlich vorgeschriebenen oder beabsichtigten Form ermangelndes als auch ein in Ansehung des Inhaltes und der Willenserklärung noch unvollständiges Testament bedeuten. Ohne Zweifel läßt sich der Ausdruck in der fraglichen Stelle auch auf die erste Bedeutung beziehen, und dann enthält sie nur eine aus dem Grundsatze sich von selbst ergebende Folgerung. Hiernach muß selbst ein bloßer Testamentsentwurf als Testament gelten, wenn nur die ernstliche Absicht des Testators, daß der Entwurf seinem Inhalte nach als Testament gelten solle, unzweifelhaft ist; es mangelt ja nur an der eigentlichen Solennisirung, welche aber, wenn sie auch vom Testator beabsichtigt sein sollte, nicht nöthig ist[489]). Ist aber das Testament hinsichtlich des Inhaltes und der Willenserklärung unvollständig, so sind folgende zwei Fälle zu unterscheiden: a) Ist die Unvollständigkeit blos in Bezug auf den Gegenstand der Verfügung vorhanden, indem der Soldat nur über einen Theil seines Nachlasses verfügt hat, so ist, da der Soldat nicht an die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, gebunden ist (wovon später), eine solche Verfügung immer so weit giltig, als sie ausgesprochen ist. Es ist auch hierauf ohne Einfluß, daß er vollständig über seinen Nachlaß zu verfügen beabsichtigte, z. B. er wollte zwei Erben ernennen, es findet sich aber nur eine Anordnung, worin er einen Erben zur Hälfte des Nachlasses eingesetzt hat. Sein Wille, dem eingesetzten Erben die Hälfte des Nachlasses zuzuwenden, steht fest; dies genügt aber, damit die Verfügung insoweit in das Leben

486) L. 3. D. 29. 1.
487) L. 40. pr. D. 29. 1
488) L. 35. D. 29. 1.
489) L. 3. D. 29. 1.

trete; der nicht ausgesprochene Theil der Verfügung läßt sich freilich nicht ausführen, sondern in die andere Hälfte des Nachlasses tritt Intestaterbfolge ein. Wahrscheinlich hat Paulus an diesen Fall gedacht[490]). b) Wenn jedoch die Willenserklärung in anderer Hinsicht unvollständig ist, z. B. der Testator wollte mehrere Erben einsetzen, hat aber nur Einen genannt, ohne ihm einen bestimmten Erbtheil zuzuweisen oder er wollte noch Bedingungen beifügen, so kann die Verfügung ebensowenig gelten, wie wenn ein Nichtsoldat sie errichtet hätte, weil der Inhalt der Verfügung auch bei dem Testamente eines Soldaten feststehen muß. Das militärische Testament bedarf also überall keiner Förmlichkeit, sondern es ist nur das Dasein einer letztwilligen Verfügung des Soldaten und ihr Inhalt zu erweisen. Die Echtheit einer schriftlichen Verfügung, wobei keine Zeugen zugezogen worden sind, kann auf andere Weise festgestellt werden. Zum Beweise eines mündlichen Testamentes sind zwar Zeugen nöthig, welche die Erklärung gehört haben, allein es genügt hier Beweisfähigkeit der Zeugen, daher denn der Soldat auch vor zwei Frauenspersonen giltig seinen letzten Willen erklären kann. Zum vollen Beweise eines mündlichen Testamentes gehören natürlich nach allgemeinen Beweisregeln zwei Zeugen. Allein es kann der Soldat seinen letzten Willen mündlich auch vor Einem Zeugen erklären[491]) und das Testament ist dann nicht ungiltig, sondern es bedarf nur der Vervollständigung des Beweises. Wenn dagegen nach der Notariatsordnung der nicht in Uebung des Streites befindliche Soldat vor zwei Zeugen testiren soll, so müssen diese Zeugen solche sein, welche die Eigenschaft von Testamentszeugen haben. Denn sie sagt nicht etwa allgemein, daß hier zwei Zeugen genügen, sondern sie läßt, nachdem sie vorher von regelmäßigen Testamenten und den dafür erforderlichen Zeugen, also von Solennitätszeugen gehandelt hat, die Anzahl der Zeugen bei den in Uebung des Streites befindlichen Rittern nach bis auf zwei Zeugen. Aber etwas weiteres darf man auch bei einem schriftlichen Testamente des Soldaten nicht verlangen, also weder

---

490) In L. 35. D. 29. 1. Seine Entscheidung unterstützt Paulus nämlich durch den Satz: Qui plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur. Da der Soldat mehrere Testamente hinterlassen kann, welche sämmtlich neben einander bestehen, wenn sie nichts Widerstreitendes enthalten, so sind die zu verschiedenen Zeiten von ihm geschriebenen einzelnen Verfügungen im Grunde jede als ein besonderes Testament zu betrachten. Daraus leitet Paulus weiter ab, daß auch eine einzelne unvollständige Verfügung als ein rechtsgiltiges Testament bestehe. Die Synopsis Basilicorum p. 326., aus welcher Basil. XXXV. 21. cap. 28. 1. * bei Heimb. T. III. p. 638. restituirt ist (der Name des Juristen Papinian ist von Fabr. T. IV. p. 816. aus eigener Macht hinzugefügt), giebt die Schlußworte der Digestenstelle so wieder: *καὶ ἐὰν πολλὰς ἐν διαφόροις ἡμέραις γράψῃ, πολλάκις ποιῆσαι διαθήκην δοκεῖ εἰς πᾶσαν τὴν οὐσίαν.*

491) Hiervon ist Theophil. ad pr. Inst. II. 11. ed. Reitz. p. 347. zu verstehen, wenn er sagt, daß der Soldat auch vor Einem Zeugen testiren könne.

die Unterschrift noch die Besiegelung durch die Zeugen[492]). Sowie bei der Errichtung des Soldatentestamentes es der regelmäßigen Testamentsform nicht bedarf, ebenso gilt das von ihm vor seinem Eintritt in den Kriegsdienst (oder nach Justinian's Bestimmung, ehe er in expeditione occupatus war) errichtete durch bloße Anerkennung oder Bestätigung, wobei an ein solches Testament zu denken ist, welches gemeinrechtlich entweder wegen gleich anfangs vorhandener Mängel nicht gelten kann oder in der Folge seine Giltigkeit verloren hat[493]). Es muß aber der Soldat seine Anerkennung deutlich und bestimmt durch Handlungen oder Worte an den Tag gelegt haben; widrigenfalls ist das Testament nach den gemeinrechtlichen Erfordernissen zu beurtheilen[494]). Bloßes Stillschweigen steht einer bestimmten Anerkennung nicht gleich[495]). Selbstverständlich kann der Soldat einem von ihm errichteten, aber wieder aufgehobenen Testamente durch bloße Anerkennung wieder Giltigkeit verschaffen[496]). Auch ein gegenseitiger Erbvertrag zweier Soldaten wird für einen rechtsgiltigen letzten Willen erklärt[497]), was auch auf dem Princip beruht, daß bei dem Testamente der Soldaten die Form gleichgiltig ist. Die Verfügung gilt aber nicht als Erbvertrag, da Erbverträge nach römischem Rechte ungiltig sind; sie gilt vielmehr als Testament und ist daher nach römischem Rechte einseitig widerruflich[498]), während sie nach teutschem Rechte allerdings ein giltiger unwiderruflicher Erbvertrag ist. 2) Auf den Inhalt beziehen sich folgende Privilegien des militärischen Testamentes: a) der Soldat darf Erbunfähige einsetzen oder sie mit Vermächtnissen bedenken[499]), was aber nur so viel heißt, daß die Verfügung nicht ungiltig ist, auch wenn der Testator die Bedingung der Fähigkeit nicht beifügt, wie dies ein Nichtsoldat in einem solchen Falle thun muß; die Realisirung der Verfügung ist aber jedenfalls davon abhängig, daß die Bedachten zur Zeit des Anfalles erbfähig sind[500]). Nur durch ein gesetzliches Verbot Ausgeschlossene können auch im Testamente eines Soldaten nicht bedacht werden[501]), z. B. die mulieres probrosae und die mit dem Soldaten in unzüchtigem Umgange lebenden Weiber[502]) und die Ketzer[503]), welches letztere heut-

---

492) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 68.
493) §. 4. Inst. II. 11. L. 9. pr. §. 1. D. 29. 1.
494) L. 20. §. 1. D. 29. 1.
495) Diesem scheint L. 15. §. 8. D. 29. 1. zu widersprechen. Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 70—73.
496) L. 15. §. 1. L. 22. 23. 33. pr. §. 2. D. 29. 1.
497) L. 19. C. II. 3.
498) Hasse, im Rhein. Museum Bd. II, S. 164 flg.
499) L. 13. §. 2. D. 29. 1. L. 7. §. 1. D. 32. L. 15. D. 39. 6. L. 5. C. VI. 21.
500) L. 13. §. 2. fin. D. 29. 1.
501) L. 5. fin. C. VI. 21.
502) L. 41. §. 1. D. 29. 1. L. 14. D. 34. 9.
503) L. 22. C. I. 5.

zutage wegfällt. b) Der Soldat braucht seine Notherben nicht zu berücksichtigen; es ist also Anfechtung seines Testamentes wegen Präterition derselben nicht zulässig[504]), unter der Voraussetzung, daß er ihr Dasein kannte[505]). Stand der Soldat in dem Irrthume, daß sein Kind nicht mehr lebe oder starb er, ohne die Schwangerschaft seiner Frau zu kennen, so ist das Testament im ersten Falle von Anfang an ungiltig, im zweiten Falle wird es durch das Erscheinen eines Postumus rumpirt, indem angenommen wird, daß er, mit den factischen Verhältnissen bekannt, anders verfügt haben würde[506]); er müßte denn ausdrücklich erklärt oder sonst zu erkennen gegeben haben, daß er auch in diesem Falle so und nicht anders verfügt haben würde, welchenfalls das Testament nicht rumpirt wird, mag ein Postumus durch Geburt oder auf andere Weise hinzukommen[507]). Sonst also tritt Ruption des Testamentes ein; es kann aber der Testator, so lange er Soldat bleibt, ein solches Testament durch jede Willenserklärung bestätigen, was dann gewissermaßen als Errichtung eines neuen Testamentes mit absichtlicher Ausschließung des Postumus gilt[508]). Noch weicht das Soldatentestament von den regelmäßigen Grundsätzen über Enterbung darin ab, daß dasselbe Testament, welches die Erbeinsetzung des Notherben enthält, giltig auch die Ausschließung desselben enthalten kann[509]), was bei Nichtsoldaten nicht geschehen darf. c) Der Soldat ist an die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, nicht gebunden[510]). Wenn also der Soldat nur über einen bestimmten Theil seines Vermögens oder über eine bestimmte Sache testamentarisch verfügt, so erhält der Testamentserbe eben nur das ihm Zugedachte; hinsichtlich des übrigen Vermögens findet Intestaterbfolge statt[511]). Ein ähnlicher Fall ist vorhanden, wenn die Verfügung zwar das ganze Vermögen vollständig umfaßt, allein jedem Erben gesonderte Theile desselben zugewiesen sind[512]). Es erscheinen dann die verschiedenen Massen von einander abgesondert, wie wenn sie von verschiedenen Erblassern herrührten, daher dann auch ein Erbschaftsschuldner gegen die Forderung des einen Erben nicht seine Forderung an den anderen Erben zur Compensation bringen kann; ist aber die eine Masse insolvent und es schlägt deshalb der dazu berufene Erbe aus, so muß der andere Erbe entweder die gesammten Schulden bezahlen oder den ganzen Nachlaß den Gläubigern überlassen. Es ist dies auch in dem Falle anzunehmen, wenn der Testator nur über einen Theil verfügt sowie wenn er mehrere Erben

504) L. 27. §. 2. D. 5. 2. L. 9. 37. C. III. 28. L. 1. §. 4. D. 37. 12.
505) §. 6. Inst. II. 13.
506) L. 36. §. 2. D. 29. 1. L. 9. 10. C. VI. 21.
507) L. 7. 8. D. 29. 1.
508) L. 9. pr. D. 29. 1.
509) L. 17. §. 2. D. 29. 1.
510) L. 7. D. 50. 17.
511) §. 5. Inst. II. 14. L. 6. D. 29. 1.
512) L. 17. §. 1. D. 29. 1.

ohne Unterscheidung der Vermögensmassen einsetzt. Es fragt sich aber, ob in den Fällen, wo der Testator über das Ganze verfügt hat, testamentarische Miterben ein Anwachsungsrecht in Anspruch nehmen, also die Intestaterben von erledigten Erbtheilen ausschließen. Nach allgemeinen Grundsätzen würde das Resultat folgendes sein. Das Anwachsungsrecht der durch Testament Berufenen kann auf einem doppelten Grunde beruhen, entweder auf der Untheilbarkeit des zur Universalsuccession berufenden Willens des Erblassers oder auf dem Grundsatze: nemo pro parte testatus etc. Diese Regel gilt für das Soldatentestament überhaupt nicht; das Anwachsungsrecht fällt mithin, sofern es lediglich aus dieser Regel abzuleiten ist, weg. Insofern aber der wirklich ausgesprochene oder präsumtive Wille des Testators der Grund des Anwachsungsrechtes ist, worauf bei der Beerbung eines Nichtsoldaten das Anwachsungsrecht der coniuncti coheredes und legatarii beruht, ist dieser Grund bei Beerbung eines Soldaten der alleinige Grund des Anwachsungsrechtes. Dieselben Gründe nun, woraus man jenes vorzüglichere Anwachsungsrecht der coniuncti ableitet, müssen natürlich auch bei dem Testamente eines Soldaten gelten, nämlich der vermuthliche Wille des Erblassers; nur beschränken sie sich hier nicht auf einen Vorzug der coniuncti, sondern begründen eben das Anwachsungsrecht für alle Miterben. Ein solcher Wille des Testirers kann aber dann angenommen werden, wenn er Mehrere zu irgend einem Ganzen ohne Bestimmung der Theile beruft, indem er dadurch zu erkennen giebt, daß die Berufenen zwar einander beschränken, aber dritten Personen jedenfalls vorgezogen werden sollen. Fragt man, ob dieses Resultat auch im römischen Rechte anerkannt sei, so finden sich zwei Stellen, welche geradezu das Anwachsungsrecht der Testamentserben betreffen, eine Digestenstelle von **Paulus**[513]) und ein Rescript von **Caracalla** im Codex[514]). Die erste Stelle drückt, buchstäblich verstanden, den Satz aus: wenn der Soldat mehrere Erben einsetzt und einer derselben schlägt seinen Theil aus, so tritt nicht das Anwachsungsrecht ein, sondern Intestaterbfolge in den erledigten Theil, wenn nicht der testamentarische Miterbe beweist, daß der Testator die Intestaterbfolge vollständig ausschließen, folglich das Anwachsungsrecht eintreten lassen wollte. In der Codexstelle wird auch zu Anfang die Regel aufgestellt, daß die Intestaterben dem testamentarischen Miterben vorgehen, allein außerdem, anscheinend abweichend von der Digestenstelle, noch der Beweis verlangt, daß der Testator das Anwachsungsrecht habe ausschließen wollen. Mit Aenderung der Lesart, so daß statt noluisse, gelesen werden soll, voluisse, wie Anton **Faber** will, ist, abgesehen davon, daß diese Emendation aller handschriftlichen Unterstützung ermangelt, nicht zu helfen, da jedenfalls noch weitere Emendation (statt et liquido probetur: aut liq. prob.)

513) L. 37. D. 29. 1.
514) L. 1. C. VI. 21.

nothwendig wäre. Am wahrscheinlichsten ist die Ansicht, es sei in der Codexstelle der thatsächliche Umstand von besonderem Gewicht, daß der anfragende Erbe zugleich Intestaterbe war[515]). Als Regel wäre hiernach anzunehmen, das Anwachsungsrecht werde durch die Intestaterbfolge ausgeschlossen, nicht blos, wenn jeder Erbe auf verschiedene Sachen oder auf verschiedene Bestandtheile des Vermögens eingesetzt ist. d) Die Regel des gemeinen Rechtes, daß man nicht aus mehreren Testamenten beerbt werden könne, leidet zwar manche Modificationen; allein das Recht der Soldaten geht auch hier weiter als das der Nichtsoldaten. Ulpian sagt: militi licet plura testamenta facere[516]), d. h. mehrere Testamente eines Soldaten können mit gleicher Wirkung neben einander bestehen; die in beiden Testamenten eingesetzten Erben gelten als in demselben Testamente eingesetzte Miterben, und durch das spätere Testament wird ein früher errichtetes nicht aufgehoben. Es ist indessen nach der betreffenden Stelle eine ausdrückliche Erklärung des Testators nothwendig, daß die mehreren Testamente neben einander bestehen sollen. Es gehört hierher noch eine Stelle von Paulus[517]). Das Resultat beider Stellen ist, daß mehrere Testamente eines Soldaten neben einander gelten, soweit dies ohne Widerstreit geschehen kann, auch wenn der Testator hierüber nichts Näheres bestimmt hat; bei vorhandenem Widerstreite hebt die spätere Verfügung die frühere ganz oder theilweise auf, wenn nicht der Testator das Bestehen beider neben einander gewollt hat; hat er dies gewollt, so beschränken die in verschiedenen Testamenten eingesetzten Erben einander auf dieselbe Art wie Miterben, welche in demselben Testamente zu einem Ganzen berufen sind[518]). e) Der Soldat kann auch in einem Codicille einen directen Erben ernennen[519]). Dies ist nicht auf die Form zu beziehen, weil das privilegirte Soldatentestament nach römischem Rechte überall keiner Form bedarf und auch die Notariatsordnung nur zwei Zeugen, also weniger als die gewöhnliche Codicillarform, verlangt. Ebensowenig ist dies so zu verstehen, daß eine letztwillige Verfügung, welche blos Anordnung von Vermächtnissen enthält, die Bedeutung eines Testamentes im engeren Sinne habe oder, um es anders auszudrücken, daß die Vermächtnißnehmer als directe Erben zu behandeln seien, weil dieses der Absicht des Testators offenbar zuwiderlaufen würde. Die römischen Juristen dachten hierbei wohl nur an Codicille, welche neben einem Testamente vorkommen (codicilli ad testamentum facti). Darauf stellt auch Paulus in der angeführten Stelle (s. N. 519) geradezu die Regel: militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari, und macht davon die Anwendung, daß, wenn der Soldat in einem solchen Codicill die Hälfte des Nach-

515) Mühlenbruch a. a. O. S. 86—91.
516) L. 19. pr. D. 29. 1.
517) L. 36. §. 1. D. 29. 1.
518) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42, S. 94—98.
519) L. 36. pr. D. 29. 1.

lasses gegeben hat, der im Testamente allein eingesetzte Erbe (heres ex asse scriptus) die Hälfte bekomme, die im Testamente angeordneten Legate aber gemeinschaftlich entrichtet werden. Es ist hierbei wohl vorausgesetzt, daß der Soldat in einem Nachtrage zu einem Testamente, in welchem er einen Erben ernannt und Vermächtnisse angeordnet hatte, noch einen neuen Erben und zwar zur Hälfte des Nachlasses berief. Umgekehrt wird von Ulpian eine Codicillarverfügung erwähnt, welche durch ein nachfolgendes Testament die Kraft einer directen Erbeinsetzung erhalte[520]. f) Der Soldat kann einen Erben auch auf eine bestimmte Zeit und einen anderen nach Ablauf dieser Zeit und unter einer Resolutivbedingung ernennen[521]; er ist an die Beschränkungen, welchen diesfalls der Nichtsoldat unterworfen ist, nicht gebunden. Hat der testirende Soldat bestimmt, wer ihn zunächst beerbt und wer auf diesen folgen soll, so geht es nach dieser seiner Verfügung[522]; hat er nur die Dauer des Erbrechtes für den eingesetzten Erben durch Zeitbestimmung oder Resolutivbedingung festgesetzt, ohne über eine Nachfolge etwas zu bestimmen, so tritt nach beendigtem Rechte des ernannten Erben die Intestaterbfolge ein[523]. Ist bestimmt, daß der Erbe erst nach einer gewissen Zeit die Erbschaft heben, nicht aber, wie es bis dahin gehalten werden solle, so tritt einstweilen Intestaterbfolge ein. Ob der ex die certo im Soldatentestamente ernannte Erbe und bei einer Einsetzung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte der Intestaterbe als directer oder als fideicommissarischer Erbe eintrete, ist zweifelhaft; die genauere Erwägung des Verhältnisses führt mehr zu der Annahme des Letzteren[524]. Uebrigens findet sich auch noch die Bestimmung, daß der bis zu einem bestimmten Zeitpunkte eingesetzte Erbe die Vermächtnisse zahlen müsse, nicht aber der nach ihm eintretende, wenn nicht der Testator das Gegentheil gewollt hat[525]. g) Ferner hat das Soldatentestament in Ansehung des Substitutionsrechtes manche Besonderheiten, weshalb auch von einer substitutio militaris gesprochen wird. Eine directe Vulgarsubstitution ist giltig, auch wenn sie auf den Fall gestellt ist, daß der zuerst Eingesetzte schon Erbe geworden sein würde[526]. Eine Pupillarsubstitution kann der Soldat anordnen, auch wenn er für sich selbst kein Testament errichtet; es folgt dann weiter hieraus, daß, wenn der Testator sich ebenfalls einen Erben ernannt hat, dieser aber die Erbschaft nicht haben will, dennoch die Pupillarsubstitution wirksam bleibt[527].

---

520) L. 19. pr. D. 29. 1. S. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42, S. 98—101.

521) L. 15. §. 4. D. 29. 1. L. 8. C. VI. 21.

522) L. 41. pr. D. 29. 1.

523) L. 41. pr. D. cit.

524) Dernburg, Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente S. 307—311.

525) L. 19. §. 2. D. 29. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 101—107.

526) L. 41. pr. D. 29. 1.

527) L. 2. §. 1. D. 28. 6. L. 41. §. 5. D. 29. 1.

Darin besteht das wichtigste Vorrecht der Soldaten hinsichtlich der Pupillarsubstitution, indem andere hierauf bezügliche Privilegien wenigstens nichts enthalten, was nicht auch Anderen möglich wäre, wenn es auch gerade nicht in der von Soldaten gewählten Form zu erreichen ist. Dahin gehört aa) die Befugniß des Soldaten, seinen Kindern über die Jahre der Pubertät hinaus zu substituiren. Hier besteht das Vorrecht des Soldaten lediglich darin, daß die Substitution rechtsbeständig ist, auch wenn sie in directer Form ausgesprochen ist; sie hat aber immer nur die Wirkung einer fideicommissarischen Substitution, soweit sie sich über die Jahre der Pubertät erstreckt, d. h. stirbt das Kind vor der Pubertät, so erstreckt sich die Wirkung der Substitution auch auf dessen eigenes Vermögen, späterhin beschränkt sie sich auf das vom Vater selbst herrührende Vermögen[528]). Nur darüber wird noch gestritten, ob nicht der Nacherbe als directer Erbe eintrete; indessen können die Worte: veluti ex causa fideicommissi[529]), doch nur dahin verstanden werden, daß die Anordnung, wenn sie auch ihrer Form nach keine fideicommissarische ist, doch als Fideicommiß bestehe. bb) Ferner gehört hierher die Befugniß des Soldaten, auch einem nicht in seiner Gewalt befindlichen Kinde pupillarisch zu substituiren[530]). Die Wirksamkeit dieser Substitution beschränkt sich ebenfalls auf das von dem Testator an das Kind gekommene Vermögen, und auch Nichtsoldaten können dasselbe erreichen, wenn sie entweder das Kind unter der Bedingung seiner Mündigkeit einsetzen und ihm für den Fall des Nichteintrittes dieser Bedingung einen Dritten substituiren oder wenn sie eine fideicommissarische Substitution anordnen[531]). Das Vorrecht des Soldaten besteht also auch hier nur darin, daß seine Anordnung jedenfalls als fideicommissarische besteht, wenn er gleich unter der Form der gewöhnlichen Pupillarsubstitution den Nacherben ernannt hat. cc) Bei dem Testamente eines Soldaten wird alles buchstäblich genommen, wenn nicht unzweifelhaft bewiesen wird, daß er etwas Anderes gewollt habe. Eine Folge hiervon ist, daß von einem ausgedrückten Substitutionsfalle im Zweifel auch nicht auf einen nicht ausgedrückten zu schließen ist, also die simplex substitutio nicht als duplex (die vulgaris nicht auch als pupillaris und umgekehrt) gilt[532]). Ist aber das Gegentheil unzweifelhaft, so gilt auch die für gewöhnliche Testamente eintretende Beschränkung nicht, daß eine gegenseitige Substitution von Miterben nur als Vulgarsubstitution gelten kann, wenn nur einem der Miterben pupillarisch substituirt werden kann[533]). h) Die lex Falcidia wird bei

---

528) L. 15. D. 28. 6. L. 8. fin. C. VI. 26.
529) L. 8. C. cit. Mühlenbruch a. a. O. S. 108, 109.
530) L. 28. 41. §. 4. D. 29. 1.
531) L. 33. D. 28. 6. §. 9. Inst. II. 16.
532) L. 6. C. VI. 21.
533) L. 8. C. VI. 26. Ueber das gewöhnliche Recht siehe L. 4. §. 2. D. 28. 6. L. 2. C. VI. 26.

dem Testamente eines Soldaten nicht angewendet[534]); Vermächtnisse aller Art müssen daher, soweit das Vermögen nach Abzug der Schulden dazu hinreicht, voll bezahlt werden. Dabei ist noch der Fall besonders berücksichtigt, wenn der Soldat, nach Errichtung eines militärischen Testamentes, in einem nach seiner Verabschiedung errichteten Codicill Vermächtnisse anordnet und innerhalb eines Jahres nach der Verabschiedung stirbt. Das militärische Privilegium ist hier nicht auf das Codicill zu beziehen, da der Testator zur Zeit seiner Errichtung nicht mehr Soldat war, wobei es gleich gilt, ob er im Testamente das Codicill im voraus bestätigte oder nicht; denn immer wird das Codicill nach gemeinem Rechte beurtheilt, und daher unterliegen auch die darin angeordneten Vermächtnisse dem Abzuge der Falcidischen Quart[535]). Sind nun in beiden Dispositionen Vermächtnisse angeordnet, welche zusammengenommen $^3/_4$ der Erbschaft übersteigen, so erhalten zuvörderst die im Testamente bedachten Legatare ihre Legate vollständig ausgezahlt; der Ueberrest aber wird unter die Erben und die im Codicill bedachten Legatare so vertheilt, daß davon jene $^1/_4$, diese $^3/_4$ erhalten[536]). Erschöpfen aber die im Testamente angeordneten Vermächtnisse allein schon den Bestand des Nachlasses, so sind zuvörderst die testamentarischen und Codicillarvermächtnisse zusammenzurechnen, gleichsam als wenn sie in demselben Testamente angeordnet wären; es erfolgt mithin eine verhältnißmäßige Verminderung; von dem Quantum aber, welches hiernach auf die im Codicill bedachten Legatare fällt, zieht der Erbe die Quart ab[537]). Im übrigen kommt die Freiheit vom Abzuge der Quart den Universalfideicommissarien ebenso zu statten, wie den Vermächtnißnehmern einzelner Sachen[538]). i) Ein besonderes Recht des militärischen Testamentes ist ferner, daß derjenige, welchem gewisse Bestandtheile des Vermögens (z. B. res Italicae, res provinciales) restituirt werden sollen, das Recht eines Universalfideicommissars haben soll[539]); daher er den Erben zur Antretung der Erbschaft und zur Restitution des Fideicommißgegenstandes zwingen kann. Als Grund dieses besonderen Rechtes wird angeführt, daß der Soldat ja auch einen directen Erben für die einzelnen Bestandtheile seines Vermögens ernennen dürfe und daraus wird weiter abgeleitet, daß ein solcher Successor ganz in das Verhältniß eines Fideicommissars nach dem Rechte des SC. Trebellianum trete, also für den Theil, welchen er aus dem Nachlasse des Soldaten

534) L. 12. C. VI. 21.
535) L. 17. §. 4. D. 29. 1.
536) L. 18. pr. D. 29. 1.
537) L. 18. §. 1. D. 29. 1.
538) L. 92. D. 35. 2. Ebendaselbst ist anerkannt, daß auf gleiche Weise zu verfahren ist, wenn solche Fideicommisse im Testamente und in dem nach der Verabschiedung errichteten Codicill angeordnet sind. Mühlenbruch a. a. O. S. 113—117.
539) L. 16. §. 6. D. 36. 1.

erhält, als Erbe klagen und verklagt werden könne[540]). — Der Grundsatz, daß das militärische Testament im allgemeinen nicht unter dem Einflusse des ius publicum steht, leidet gewisse Einschränkungen[541]). Abgesehen von dem dahin gehörigen Erfordernisse der Fähigkeit zu testiren sowie der passiven Testamentifaction der Honorirten, welche jedenfalls zur Zeit der Delation des Rechtes vorhanden sein muß, sowie ferner von der auch für das Soldatentestament unbeschränkt geltenden Regel: ab exheredati substituto inutiliter legatum datur, ist noch Folgendes zu erwähnen: 1) Das SC. Libonianum findet auch auf das Soldatentestament Anwendung[542]). 2) Unanständige oder aus juristischen Gründen unzulässige Bedingungen darf auch der Soldat nicht wirksam vorschreiben[543]). 3) Captatorische Verfügungen eines Soldaten sind ungiltig und wirkungslos[544]). 4) Der Soldat ist auch an die Bestimmung der lex Iulia wegen Unveräußerlichkeit des fundus dotalis gebunden[545]). — Dauer der Giltigkeit des militärischen Testamentes[546]). Stirbt der Testator als Soldat, ohne seinen Willen geändert zu haben, so bleibt das Testament stets giltig; nach seiner Verabschiedung bleibt es noch ein Jahr in Kraft, d. h. es gilt als militärisches Testament, wenn der Testator innerhalb eines Jahres nach seiner Entlassung stirbt, vorausgesetzt, daß er durch die Entlassung das Recht eines Veteranen erhält, d. h. daß die Entlassung keine schimpfliche ist[547]). Es kommt dabei auf die Zeit des Ablebens des Testators an, nicht auf den Zeitpunkt, wo das Testament in Wirksamkeit tritt; daher besteht das Testament zu Recht, wenn die Bedingung der Erbeinsetzung auch erst nach Ablauf des Jahres erfüllt wird, und daraus folgt weiter von selbst, daß auch die Wirksamkeit einer Substitution an diesen Zeitpunkt nicht gebunden ist[548]). Die kaiserlichen Rescripte, welche die Giltigkeit des Soldatentestamentes über die Dauer der Dienstzeit des Testirers hinaus erstreckten, bezogen sich freilich auf gemeine Soldaten; indessen äußert sich Africanus, der dies referirt, darüber so, daß anzunehmen ist, er bezweifle nicht die Anwendung dieses Rechtes auf entlassene Officiere[549]). Tritt der verabschiedete Soldat innerhalb des Jahres nach der Entlassung wieder in Dienst, so gilt das Testament auch ohne besondere Bestätigung, wie wenn es während der zweiten

540) L. 16. §. 6. D. cit. Mühlenbruch a. a. O. S. 116—118.
541) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 118—121.
542) L. 15. §. 3. D. 29. 1. L. 5. fin. D. 34. 8.
543) L. 29. §. 2. D. 29. 1.
544) L. 11. C. VI. 21.
545) L. 16. D. 29. 1.
546) Mühlenbruch a. a. O. S. 121—130.
547) Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 10. §. 3. Inst. II. 11. L. 5. C. VI. 21. L. 26. D. 29. 1.
548) L. 38. pr. D. 29. 1.
549) L. 21. D. 29. 1.

Dienstzeit errichtet wäre[550]). Stirbt der Testator nach Ablauf des Jahres, so hört alle Wirkung des militärischen Testamentsprivilegiums auf. Wenn also der Soldat sein Testament in der gemeinrechtlichen Form errichtet, in diesem aber eine Verfügung getroffen hat, welche nur dem Soldaten möglich ist, so fällt diese jetzt weg[551]). Ein früheres gemeinrechtliches Testament, welches durch ein zweites, militärisches Testament zerstört war, wird, nachdem dieses durch Zeitablauf erloschen ist, nicht wieder hergestellt[552]). Zum Widerruf eines militärischen Testamentes genügt jede entgegenstehende Willenserklärung des Soldaten; es bedarf dazu weder eines neuen Testamentes, noch überhaupt irgend einer Förmlichkeit sowie ebensowenig zur Wiederherstellung des früher aufgehobenen Testamentes[553]). Die Regel: posteriore testamento superius rumpitur, gilt, obschon der Soldat aus mehreren Testamenten beerbt werden kann, auch hier, unter der Voraussetzung, daß in dem späteren Testamente über das ganze Vermögen verfügt ist und dasselbe nicht etwa eine besondere Bestimmung über dessen Verhältniß zum früheren Testamente enthält. Ebenso wird dann auch durch die bloße Erklärung, daß das frühere Testament wieder gelten solle, das zweite in der Regel seinem ganzen Inhalte nach vernichtet[554]). Auch der Veteran kann das von ihm errichtete militärische Testament ohne weiteres durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung widerrufen; ein von ihm als Soldat nach den Regeln des gemeinen Rechtes errichtetes Testament kann auch nur nach den Regeln des gemeinen Rechtes widerrufen werden[555]). Wird ein Soldat sui iuris, sei es durch den Tod seines Vaters oder durch Emancipation, so bleibt sein Testament bei Kräften sowie wenn er von einem Anderen adoptirt oder arrogirt wird[556]).

b) Testament zur Pestzeit (sog. testamentum tempore pestis conditum)[557]). Die Quelle dieser Lehre ist ein Rescript Diocletian's und Maximian's[558]), welches durch seinen dunkeln und zweideutigen Ausdruck wohl immer zu Zweifeln und Streitigkeiten Veranlassung geben wird. Von den verschiedenen Erklärungen geht zuerst die gewöhnliche dahin[559]), es sei an einem Orte, wo die Pest oder eine ansteckende Krankheit herrsche, die Nothwendigkeit einer gleich-

550) L. 38. §. 1. D. 29. 1.
551) L. 13. §. 1. D. 29. 1. enhält einen hiernach entschiedenen Fall.
552) L. 36. §. 4. D. 29. 1.
553) L. 15. §. 1. D. 29. 1.
554) L. 27. D. 29. 1.
555) L. 34. §. 1. D. 29. 1.
556) §. 5. Inst. II. 11. L. 6. §. 13. D. 28. 3. L. 22. 23. D. 29. 1.
557) Mühlenbruch Fortf. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42. S. 262—285. Ackermann, im Archiv für civil. Praxis Bd. 32, S. 55—83.
558) L. 8. C. VI. 23.
559) Vertheidiger derselben führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 263, N. 42.

zeitigen Zuziehung der Zeugen erlassen; es genüge also, wenn die Zeugen einzeln nach einander bei der Testamentshandlung zugezogen würden, d. h. mit anderen Worten, es sei nicht nothwendig, daß das Erforderniß der sog. unitas actus streng beobachtet werde, alle übrigen Bedingungen eines rechtsgiltigen Testamentes müßten aber vorhanden sein. Diese Ansicht ist häufig in die Particularrechte übergegangen. Die Vertheidiger derselben sowie die einer zweiten Ansicht verstehen unter dem casus maior ac novus contingens eine schwere, außerordentlicher Weise eintretende und ansteckende Seuche, sowie sie davon ausgehen, daß der Gesetzgeber die Furcht der Zeugen vor Ansteckung, welche sie von dem Erscheinen bei der Testamentshandlung abhalten könne, bei seiner Vorschrift berücksichtigt habe. Ohne Zweifel kann der Wortverstand hierauf bezogen werden. Im zweiten Satze sind die Worte morbo oppressos dem Wortverstande nach auf zwei Zeugen zu beziehen. Da aber der Gesetzgeber nicht an Zeugen gedacht haben könne, welche selbst von der Krankheit, deren Ansteckung gefürchtet wird, befallen sind, so wollen Einige, welche die Lesart oppressos beibehalten, diese Worte durch eine Ellipse in der Art auflösen, daß sie den Satz sich so denken: testes huiusmodi morbi timore oppressos, bewältigt von der Furcht vor der Krankheit. Manche wollen oppressis oder, da vom Testator im Singular gesprochen werde, oppresso lesen, so daß hiernach der Gesetzgeber sagen würde: es ist dem von einer solchen Krankheit befallenen Testator die gleichzeitige Versammlung der Zeugen erlassen. Allerdings haben diese Emendationen keine handschriftliche Auctorität für sich. Nach einer anderen Auffassung sagt das Rescript: wenn der Testator an einer ansteckenden Krankheit darnieder liege und die Zeugen sich ihm zu nahen scheuen, so genüge es, daß sie abgesondert von ihm, also in einem anderen Zimmer, die zur Solennisirung des Testamentes erforderlichen Handlungen vornehmen, wobei sie übrigens gleichzeitig versammelt sein und handeln müssen. Diese Ansicht hat die Auctorität der Synopsis Basilicorum und, da der Basilikentext im Codex regelmäßig aus des Thaleläus Commentar, namentlich zum 6. Buche des Codex, geschöpft ist, die des Thaleläus, eines Zeitgenossen Justinian's, für sich[560]). Eine dritte Meinung, welche die Glosse zur Urheberin hat, besonders ausführlich aber von Jac. Gothofredus und neuerdings von Marezoll vertheidigt worden ist[561]), erklärt den casus maior für die fallende Sucht oder Epilepsie (morbus comitialis), wovon einer der Zeugen wäh=

560) Die Synopsis p. 323., aus welcher Basil. XXXV. 2. 7. restituirt ist, giebt die Coderstelle so wieder: *Δεδιότες οἱ μάρτυρες πλησιάσαι τῷ διατιθεμένῳ διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν, συγχωρείσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ σφραγῖσαι τὴν διαθήκην.* Testes, qui metuunt propius ad testatorem accedere, ne morbi participes fiant, permittatur, ut separatim ab eo testamentum signent.

561) Iac. Gothofredus, de testamento tempore pestis vel a testatore peste contacto, condito, in opp. minor. ed. Trotz. p. 627. sq. p. 647. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. IV, S. 77—88.

rend der Testamentshandlung befallen werde; die dadurch veranlaßte Unterbrechung soll selbst dann nicht schaden, wenn die übrigen Zeugen oder einige derselben aus Scheu vor dem Anblicke des Kranken das Zimmer verlassen; nur müssen sie wieder zusammen kommen und die Solennisirung des Testamentes auf die übliche Weise bewerkstelligen. Die meisten Vertheidiger dieser Ansicht leiten hieraus die allgemeine Regel ab, daß die Unterbrechung durch irgend einen Unfall, welcher einen der Zeugen betrifft, der Einheit der Handlung nicht schade, wenn nur die volle Zahl wieder zusammen komme, und auch Marezoll bringt das erwähnte Rescript in Verbindung mit der Vorschrift Justinian's über die Einheit der Testirhandlung[562]), indem er annimmt, Justinian habe eine allgemeine Regel aufgestellt, Diocletian aber nur einen einzelnen Fall nach einem gleichen Principe entschieden, Justinian mithin das bisher nur in einem besonderen Falle giltige Recht zu einer allgemeinen Regel erweitert. Er sucht einen Beweis dafür in dem Umstande, daß Justinian in der betreffenden Constitution auch des morbus comitialis Erwähnung thue und bestimme, daß, wenn ein Zeuge von einer solchen Krankheit befallen werde oder sonst etwas eintrete, was seine Entfernung nöthig mache, dies doch dem Testamente nicht schaden solle, wenn er nur wieder zurückkehre, auch die Unterbrechung nicht zu lange dauere. Marezoll behauptet daher, es dürfe das sog. testamentum tempore pestis conditum eigentlich gar nicht zu den privilegirten Testamenten gerechnet werden oder man müsse consequenter Weise in allen Fällen, in welchen durch Justinian's Verordnung von der sonst erforderlichen unitas actus etwas nachgelassen ist, von einem privilegirten Testamente sprechen[563]). Es ist nicht zu leugnen, daß der Ausdruck casus maior ac novus contingens auch auf epileptische Zufälle sich beziehen lasse, daß diese plötzlich einzutreten pflegen, daß der Anblick eines Epileptischen oft höchst nachtheilig auf die Zuschauer wirke, so daß diese bisweilen selbst ähnliche Zufälle bekommen. Unbegreiflich aber ist, wie daraus folgen soll, daß in jenem Rescripte gerade nur dieses eine der vielen Uebel, welche den Menschen treffen, gemeint worden sei. Viel näher liegt es, den Ausdruck casus maior auf eine allgemeine Calamität zu beziehen und dies wird durch den Ausdruck contagio sehr erheblich unterstützt, welcher so gewöhnlich von Ansteckung bei herrschenden Seuchen gebraucht wird, daß er selbst die ansteckende Krankheit bedeutet. Wenn auch der Anblick Epileptischer mitunter auf Nervenschwache nachtheilig und Krämpfe erregend wirkt, so kann doch die Epilepsie deshalb noch nicht zu den ansteckenden Krankheiten gezählt werden. Auch der Versuch Marezoll's, seine Auslegung auf Justinian's Constitution zu stützen, worin derselbe kurze Unterbrechungen des Testiractes für unschädlich erklärt, ist nicht glücklich. In der That ist der hieraus ent-

562) In L. 28. C. VI. 23.
563) Marezoll a. a. O. S. 94.

lehnte Grund nur der, daß unter den Ursachen, welche eine Unterbrechung veranlassen können, auch der morbus comitialis, von welchem etwa ein Zeuge befallen wird, erwähnt wird. Justinian, wenn er dabei die Erweiterung eines früheren kaiserlichen Rescriptes beabsichtigt hätte, würde schwerlich gegen seine Gewohnheit dies anzuführen unterlassen haben. Allein es ist auch der morbus comitialis in einer Art erwähnt, daß man mit großer Wahrscheinlichkeit darauf schließen darf, daß Justinian an das fragliche Rescript Diocletian's überall nicht gedacht habe. Justinian sagt in seiner Constitution (L. 28. C. VI. 23.): licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit. Er sagt also, er habe erfahren, daß eine solche Unterbrechung wohl vorgekommen sei. Gewiß würde er sich aber nicht so ausgedrückt haben, wenn über einen derartigen Fall bereits ein kaiserliches Rescript von dem Ansehen vorhanden gewesen wäre, daß man es für wichtig genug gehalten hätte, es in den Codex aufzunehmen; er würde sich gewiß darauf bezogen haben. Eine vierte Ansicht[564]) geht dahin. Unter casus maior wird eine Gefahr verstanden, welcher die Zeugen ausgesetzt sind, welche ihnen bange machen kann, welche indessen den Menschen, einzeln betrachtet, kein Abhaltungsgrund wird; namentlich wird der Testator in feindlicher Gefangenschaft oder in Händen der Räuber befindlich gedacht, wobei, wenn einmal die Abführung erfolgt, der Schrecken des Ueberfalles vorbei sei, wohl ein Einzelner sich zu ihm hinschleichen könne, Mehrere aber in Gemeinschaft leicht die Aufmerksamkeit der Feinde oder Räuber auf sich ziehen, mithin sich selbst der Gefahr aussetzen würden. Aehnlich soll es sich bei Gefahren anderer Art, wie bei Feuers- und Wassersgefahr, bei Erdbeben und anderen Ereignissen verhalten. Morbus soll geradezu die Furcht der Zeugen bedeuten und von contagio soll so oft die Rede sein können, als Berührungen in der Körperwelt möglich sind; timor contagionis soll also die Furcht der Zeugen sein, mit irgend etwas in Berührung zu kommen, was ihnen nachtheilig sein könnte, und diese Furcht als morbus bezeichnet worden sein, als eine Gemüthsbewegung, welche der Gesetzgeber dadurch zu entfernen suche, daß er den Zeugen gestatte, sich einzeln zum Testator zu begeben. Diese Ansicht ist gänzlich unhaltbar[565]). Die dem casus maior beigelegte Bedeutung widerlegt sich dadurch, daß vom timor contagionis, quae testes deterret die Rede ist, contagio aber, wie bemerkt, im gewöhnlichen Sinne, die Ansteckung von Krankheiten und die ansteckende Krankheit selbst bedeutet. Daß es dafür zu Justinian's Zeiten selbst genommen worden sei, beweist der in der Synopsis befindliche Auszug des Diocletianischen Rescriptes seines Zeitgenossen Tha-

564) Sie wird vertheidigt von Moser, Versuche über einzelne Theile des bürgerl. Rechtes (Stuttgardt 1806) Nr. II.

565) Mühlenbruch a. a. O. S. 279 hat eine bloße Relation dieser Ansicht für hinreichend erachtet, um die Stelle der Kritik zu vertreten.

telaus. Die gewöhnliche Meinung ist zuletzt von Mühlenbruch[366]) vertheidigt worden. Er hält die durch sie angenommene Auslegung des Diocletianischen Rescriptes für die richtigste, möge man auf die Worte oder auf den Inhalt und den wahrscheinlichen Zweck desselben sehen. Er stellt nicht in Abrede, daß dieser Zweck, auch so wie ihn die gemeine Meinung auffaßt, sich mit völliger Sicherheit durch Diocletian's Vorschrift nicht erreichen lasse; namentlich werde es in dem Falle, wenn der Testator von einer Krankheit befallen ist, welche ohne unmittelbare Berührung und schon durch das Einathmen derselben Luft mit ihm leicht anstecken kann, stets schwer halten, sieben Zeugen zu finden, welche es wagen, sich auch nur einzeln in des Testators Nähe zu begeben. Er geht davon aus, daß der Gesetzgeber in Fällen der Art, wie sie hier vorausgesetzt werden, die Hindernisse des Testirens aus dem Wege räumen wolle, soweit dies überall durch ein Gesetz möglich ist und sich mit der vollen Rechtssicherheit verträgt. Der Gesetzgeber argumentire mithin so: es sei möglich, daß Niemand sich finde, welcher sich zu dem Testirer begeben mag, aber in hohem Grade unwahrscheinlich, daß sieben Personen es wagen, sich gleichzeitig bei demselben zu versammeln und hier so lange zu verweilen als die Testamentshandlung währt, weil die Gefahr der Ansteckung bedeutend dadurch erhöht werde, daß viele Menschen in einem kleinen Raume sich neben einander bewegen. Hierdurch bewogen, erkläre der Gesetzgeber, er erlasse das gleichzeitige Beisammensein und Fungiren sämmtlicher Zeugen; nur müsse jeder Zeuge von dem Testator mit dessen letzten Willen bekannt gemacht oder ihm von demselben eine Schrift mit der Erklärung vorgewiesen sein, daß sie eine von ihm unterzeichnete letztwillige Verfügung enthalte, auch jeder Zeuge im Beisein des Testators die Unterzeichnung vornehmen. Die Meinung von Ackermann ist folgende. Er stimmt hinsichtlich des Punktes, daß unter casus maior ac novus contingens eine ansteckende Krankheit zu verstehen sei, mit der gewöhnlichen Ansicht und der in der Synopsis Basilicorum vorgetragenen überein, weicht aber in folgenden Punkten ab. Während nämlich die Anhänger beider erwähnten Ansichten die Worte morbo oppressos mit Hilfe einer Emendation auf den Testator beziehen zu müssen glauben, hält Ackermann dafür, daß alle dem Rescripte Diocletian's vorgeworfenen Dunkelheiten und die daraus entspringenden Zweifel und Schwierigkeiten verschwinden, wenn man die Worte morbo oppressos in ihrem natürlichen Sinne auffaßt und sie, wie schon die Glosse, aber in ganz anderer Weise thut, auf kranke Zeugen bezieht, von welchen die übrigen Zeugen Ansteckung zu befürchten haben. Hiernach werde zwar nicht verlangt, daß zu einer solchen Zeit alle Zeugen zugleich versammelt seien, da möglicherweise einige derselben die Krankheit schon an sich tragen und so die übrigen anstecken könnten; in der Zahl der Zeugen trete jedoch keine Veränderung ein. Darnach bilde

366) Mühlenbruch a. a. O. S. 279 flg.

den Grund der gestatteten Ausnahme die zur Zeit einer grassirenden Seuche zu besorgende Ansteckung der Zeugen unter einander und folgeweise den Inhalt derselben, die Beseitigung dieser Gefahr, d. h. die Gestattung des einzelnen Auftretens der Zeugen vor dem Testator, so daß alle Berührung derselben unter einander unmöglich sei. Hierin, in dem Auftreten und Handeln der Zeugen nach einander, setze zwar auch die gewöhnliche Meinung den Erlaß der regelmäßigen Förmlichkeiten (id, quod de iure laxatum est), gebe aber dabei ganz verkehrter Weise, die mögliche Ansteckung durch den kranken Testator als Grund dieser Ausnahme an, was zu den widersprechendsten Resultaten führe. Man kann aber diesem nicht beipflichten. Daß Niemand einem kranken Testator bei ansteckenden Krankheiten als Zeuge werde dienen wollen, was Ackermann als Grund anführt, daß die zu besorgende Ansteckung durch den Testator nicht der Beweggrund zur Gestattung der Ausnahme gewesen sein könne, läßt sich so absolut nicht annehmen, da der Zeuge wohl seine Functionen, ohne in die unmittelbare Nähe des Testators zu kommen, verrichten kann, sobald nur das Erforderniß der Einheit des Ortes nicht verlangt wird. Dann wird man aber sich schwerlich den Fall denken können, daß schon erkrankte Zeugen zum Zeugniß berufen werden, und der Ausdruck morbo oppressos, wenn die Lesart oppressos beibehalten werden soll, deutet doch unzweifelhaft auf schon von der Krankheit ergriffene Zeugen, nicht auf solche hin, welche den Keim der Krankheit in sich tragen, also ansteckungsfähig sind, wenn sich auch äußerlich noch keine Symptome des Uebels zeigen. Auch steht allerdings der Gegensatz: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est, dieser Meinung entgegen. Es ist offenbar von einem Zusammenkommen der Zeugen die Rede, welches der Ansicht, daß die Zeugen einzeln auftreten dürften, geradezu widerstreitet. Wird das einzelne Auftreten der Zeugen gestattet, so hätte ebensogut bestimmt werden können, daß das Testament vor Einem Zeugen gelten solle. Da aber eben das Wesentliche des Testiractes darin besteht, daß der letzte Wille vor sieben Zeugen mündlich erklärt oder das schriftliche Testament vor sieben Zeugen solennisirt werde, dies aber nicht der Fall ist, wenn der Testirer vor jedem Zeugen einzeln ohne Beisein der übrigen seinen letzten Willen mündlich erklärt oder eine Schrift, mit der Erklärung, sie enthalte seinen letzten Willen, zur Unterzeichnung und Besiegelung vorlegt, indem dann immer nur testes singulares über den Testiract vorhanden sein würden, welche nicht aus gleichzeitiger Wahrnehmung denselben alle zusammen bezeugen könnten, so kann man dieser Ansicht als hinreichenden Grundes ermangelnd keinen Beifall schenken, so wenig wie der ersten, dritten und vierten Meinung. Von allen diesen verschiedenen Ansichten ist die zweite die natürlichste und sie hat ebenfalls viele Vertheidiger gefunden [567]). Sie

---

567) An der Spitze derselben steht Cuiacius, Observ. Lib. XXVI. cap. 10. Andere führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 268, N. 54. Namentlich ver-

hat erstlich die Autorität des Thaleläus, eines Zeitgenossen Justinian's und Mitarbeiters am Codex für sich, und gewiß ist dieser über den Sinn, in welchem das Rescript Diocletian's (L. 8. C. VI. 23.) zu Justinian's Zeiten aufgefaßt worden ist, ein classischer unverwerflicher Zeuge. Daß ferner nicht an den Fall gedacht worden ist, daß die Zeugen von einer ansteckenden Krankheit befallen sind, sondern an den, wenn der Testator an einer solchen leidet, ergiebt sich aus Folgendem. Die gewöhnliche Lesart ist testes huiusmodi morbo oppressos. Statt oppressos wollen Andere lesen, oppressis oder, da vom Testator im Singular gesprochen werde, oppresso. Die Veronesischen Scholien zum Codex, noch aus dem 6. Jahrhundert stammend, enthalten zu dem Worte oppressos die Bemerkung: κατεχόμενοι [568]), was hiernach offenbar auf die Zeugen geht, so daß der Scholiast die Stelle so verstanden hat, daß die Zeugen von einer ansteckenden Krankheit befallen sind. Allein die Bemerkung κατεχόμενοι ist weiter nichts als eine Uebersetzung von oppressi, was demnach die Lesart der Handschrift des Codex gewesen ist, welche der Scholiast benutzt hat. Testes huiusmodi morbo oppressi sind aber die Zeugen eines mit einer ansteckenden Krankheit befallenen Testators. Durch diese Lesart erhält nun die Stelle ihren ganz guten Sinn. Testes huiusmodi morbo oppressi eo tempore iungi atque sociari remissum est, wobei man cum testatore hinzudenken muß, bedeutet: es ist erlassen, es ist nicht nothwendig, daß sich die Zeugen eines mit einer solchen ansteckenden Krankheit befallenen Testators zu der Zeit, wo er von der Krankheit befallen ist, bei ihm befinden und in seiner Nähe versammeln. Dies ist dem Vorausgehenden: ob timorem contagionis, quae testes deterret, ganz entsprechend und harmonirt mit ihm vollkommen. Der Anwendung der hier vertheidigten Ansicht sollen sich zwar nach Mühlenbruch's Behauptung unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Das kann doch aber im Ernste nicht behauptet werden [569]). Daß hierbei nothwendig ein schriftliches Testament vorausgesetzt gedacht werden müsse, ist als das gewöhnliche und regelmäßige sehr natürlich, und daß vom schriftlichen Testamente die Rede sei, darauf deuten die Worte: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est, hin, Worte, welche doch im Zweifel nur auf Schreiben, Siegeln und andere Förmlichkeiten des schriftlichen Testamentes bezogen werden können, da bei mündlichen Testamenten außer der Einheit der Handlung und der Gegenwart der sieben Zeugen sonst keine äußeren Förmlichkeiten zu beobachten sind. Die Nothwendigkeit der Gegenwart der Zeugen stellt Niemand in Abrede. Wie aber daraus ein Einwand entnommen werden könne, daß es überhaupt nicht nöthig

---

theidigt sie Puchta, Pandekten §. 460. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 148, 2. Aufl. Sintenis, Civilr. §. 170, Bd. 3, S. 388.

568) Vgl. Schol. Veron. 247. bei Zachariä, die Vernonsischen Scholien in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XV, S. 124.

569) Vgl. vorzüglich Sintenis a. a. O. N. 14.

sei, daß die Verrichtungen der Zeugen gerade in demselben Zimmer erfolgen, in welchem sich der Testator befindet, vermag man nicht einzusehen. Da es nämlich allgemeine gesetzliche Vorschrift bei den ordentlichen schriftlichen Testamenten ist, ut in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sint [570]), d. h. daß die Zeugen in Gegenwart des Testators und so, daß sie von ihm gesehen werden können, ihre Functionen verrichten und ferner, durare debere, qui propter solennia testamenti adhibentur, donec suprema contestatio peragatur [571]), so liegt in dem Erlasse dieser Erfordernisse ebenso gewiß eine Ausnahme von der Regel, als dieser Erlaß im Falle einer ansteckenden Krankheit durch die Vorsicht dringend geboten ist, indem die Gefahr offenbar durch den längeren Aufenthalt in der Nähe des kranken Testirers viel dringender wird, als durch ein kurzes Zusammensein mehrerer Gesunder, welche ja nicht einmal in demselben Zimmer zu sein brauchen. Es wird ferner eingewendet, daß, wenn man nach dieser Ansicht das besondere Recht eines zur Zeit ansteckender Krankheiten errichteten Testamentes blos darauf beschränke, daß die Zeugen die Besiegelung vornehmen könnten, ohne daß sie sich im Angesichte des Testirers befinden, dadurch für den wesentlichen Zweck des Gesetzes nichts gewonnen sei, indem die gleichzeitige Gegenwart der Zeugen doch immer bei dem Acte des Rogirens, bei der Erklärung und der Unterschrift des Testators erforderlich sei. Auch dieser Einwand ist nicht erheblich. Denn es ist möglich, daß alle diese Handlungen vom Testator so geschehen, daß die Zeugen sich nicht in seiner unmittelbaren Nähe befinden, so daß sie nicht einmal das Haus, wo der Testator krank sich befindet, betreten und doch durch Gehör und Gesicht sich von den Erklärungen, bezüglich der Unterschrift des Testators überzeugen, z. B. durch die offenstehenden Fenster des Zimmers, in welchem sich der Testator aufhält [572]). Und gerade darin, daß bei ansteckenden Krankheiten auch auf solche Weise zu testiren verstattet wird, liegt auch zugleich eine Dispensation von der sonst gesetzlich erforderlichen Einheit des Ortes, welche, um die Zeugen vor Ansteckung zu bewahren, welche sich aus Furcht vor derselben in die unmittelbare Nähe des Testators nicht zu kommen getrauen, für diesen Fall erlassen wird. Eine sichere und bestimmte Wahrnehmung wird dadurch nicht aufgehoben, wenn den Zeugen nur die Möglichkeit gewährt ist, von den Er-

570) L. 9. C. VI. 23.

571) L. 20. §. 8. D. 28. 1.

572) Den in Bologna während der Pest vorgekommenen, bei Stryk, cautel. testam. C. XI. §. 2. fin. referirten Fall, daß die Testirer im Fenster stehend Vorübergehende als Zeugen rogirten, und durch diese, ohne daß sie das Haus betreten hätten, das Testament vollziehen ließen, betrachtet Mühlenbruch a. a. O. S. 271, N. 60 zwar als eine ungewöhnliche Art zu testiren, glaubt sie aber, wenn die gehörige Anzahl Zeugen gleichzeitig versammelt war, auch nach der gemeinen Rechtsregel rechtfertigen zu können. Allein es ist dies unrichtig; solches würde gegen die nothwendige Einheit des Ortes verstoßen. S. Marezoll a. a. O. S. 56 flg.

klärungen und der Unterschrift des Testators sich durch unmittelbare Sinneswahrnehmung zu überzeugen. — Es wird darüber gestritten, ob es nothwendig sei, daß der Testirer selbst von der ansteckenden Krankheit befallen sei oder ob es genüge, wenn an dem Orte oder doch in dem Hause, wo das Testament errichtet wird, die Krankheit herrsche. Nach der richtigen in L. 8. C. VI. 23. oben angenommenen Lesart testes huiusmodi morbo oppressi etc. ist im Gesetze selbst geordnet, daß der Testator selbst von der Krankheit befallen sein muß. Dennoch aber dürfte sich die Ausdehnung auf den Fall, wenn das Haus, in welchem der Testirer wohnt, wegen Krankheit anderer Hausbewohner polizeilich abgesperrt ist, nicht mit Grund bezweifeln lassen. Denn die Gefahr der Ansteckung für die Zeugen ist bei herrschenden Epidemieen dann nicht minder vorhanden, da diese ja nicht immer unmittelbare körperliche Berührung des Kranken voraussetzt, sondern auch durch Einathmen der Luft der Krankenatmosphäre erfolgt. Eine fernere Frage ist, ob jede für ansteckend erklärte Krankheit des Testators genüge, um das Privilegium eintreten zu lassen. Sie ist aber zu verneinen. Denn da es so viele Krankheitsformen giebt, bei welchen eine Ansteckung sich befürchten läßt, so müßte, wenn das Gegentheil gemeint wäre, das Privilegium fast bei allen auf dem Krankenbette errichteten Testamenten eintreten. Der Gesetzgeber denkt aber offenbar an etwas Außerordentliches, Ungewöhnliches (casus maior ac novus contingens) und Fälle dieser Art (Pest, Cholera, verheerende Epidemieen anderer Art) sind von einem sonstigen Dasein ansteckender Krankheiten, wenn sie auch häufiger als gewöhnlich an einem Orte und zu einer Zeit vorkommen, leicht zu unterscheiden[573]). Auch ist die Gefahr der Ansteckung bei herrschenden ungewöhnlichen Epidemieen für jeden Einzelnen größer als in anderen Fällen ansteckender Krankheiten. — Von praktischen Schriftstellern wird ein gewohnheitsrechtlicher Gerichtsgebrauch bezeugt, daß zwei oder drei Zeugen zu einem sog. testamentum tempore pestis conditum genügen[574]). In manchen namentlich sächsischen Ländern ist dies durch die Gesetzgebung anerkannt worden[575]). Die Billigkeit eines solchen Rechtes ist nicht in Abrede zu stellen; den Bestimmungen des römischen Rechtes ist es geradezu entgegen; es muß daher der Beweis eines solchen Gewohnheitsrechtes von demjenigen, welcher sich darauf beruft, geführt werden. Der Versuch, jenes angebliche Gewohnheitsrecht theoretisch dadurch zu rechtfertigen, daß nach dem Vorschlage mancher Juristen in L. 8. C. VI.

---

573) Namentlich hat die Cholera zu besonderen Abweichungen rücksichtlich der Testamentsform in einzelnen teutschen Staaten geführt. S. Heimbach, partikul. Privatrecht der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 291.

574) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 283, N. 83.

575) Const. elect. Saxon. 3. P. III. von 1572. Eisenacher Pestordnung v. 27. Septbr. 1680 §. 78. Vgl. Haubold, Lehrb. des kgl. sächs. Privatr. §. 340. Heimbach, partikul. Privatr. §. 340.

23. statt conveniendi numeri zu lesen sei, convenientis numeri, was eine angemessene Zahl von Zeugen bedeuten soll, wofür aber auch die Zahl von zwei Zeugen zu halten sein dürfte, ist ein erfolgloser, da diese Emendation keine handschriftliche Auctorität für sich hat und ebenso unpassend ist, als die davon gemachte Anwendung. Ebensowenig hat die Meinung, daß auf die Qualität der Zeugen nichts ankomme, also z. B. auch Frauenspersonen Zeugen sein können, zureichende Gründe für sich. Endlich verdient auch die Ansicht Mancher, daß ein solches Testament, wenn die Gefahr der Ansteckung vorüber und der Testator noch am Leben sei, entweder sofort erlösche oder doch nach der Analogie des Soldatentestamentes nach Ablauf eines Jahres[576]), keine Billigung, da das Testament überhaupt der Wirkung nach als ein vollständiges Testament zu betrachten ist und sich daher nicht absehen läßt, warum es diese Eigenschaft auch nicht in Beziehung auf seine Dauer haben soll. In Partikularrechten sind bisweilen Beschränkungen in dieser Hinsicht angeordnet[577]). — Nach einer nicht ganz seltenen Ansicht[578]) soll, wenn der Testator sich ohne Schuld in einer Lage befindet, welche ihm die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten unmöglich macht, der Mangel derselben nichts schaden und es nur auf den Beweis des letzten Willens ankommen, namentlich wenn Jemand sich auf der Reise an einem Orte befindet, wo die erforderliche Anzahl Zeugen nicht zu erlangen ist, z. B. auf dem platten Lande, auf einem Schiffe u. s. w. Es wird darauf auch wohl die schon angedeutete Meinung gestützt, daß zur Zeit einer Epidemie ein Mangel der regelmäßigen Zahl oder Befähigung der Zeugen ohne Nachtheil sei, ingleichen, daß Frauen während des Geburtsactes (Kreisende) vor weniger Zeugen und auch vor Frauenspersonen, weil sie gewöhnlich nur von diesen umgeben seien, testiren dürften. Zur Begründung der Behauptung, daß ein Nothstand von der Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten entbinde, beruft man sich auf die bekannte Aeußerung von Marcellus: Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est[579]). Abgesehen davon, daß, wenn diese Aeußerung den Sinn hätte, daß eine schuldlose Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten dem Rechtsbestande eines Geschäftes nichts schade, in der That das förmliche Recht ganz aufgelöst sein würde, indem man dann auch noch weiter gehen würde, d. h. die Regel nicht blos auf Nothfälle beschränken, sondern auch da eine gleiche Billigkeit gelten lassen müßte,

---

576) Vertheidiger dieser Ansicht führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 284, N. 88.

577) Z. B. Preuß. Landr. Th. 1, Tit. 1, §. 201. Dessauische Verordnung v. 8. Septbr. 1831 §. 12. Köthensches Mandat v. 18. Octbr. 1831 §. 17. Vgl. Heimbach a. a. O. §. 291, N. 7.

578) Vertheidiger derselben führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 285, N. 91.

579) L. 183. D. 50. 17.

wo unverschuldete factische oder rechtliche Urkunde einen Mangel in der Form veranlaßte; ein so leichtsinniges Hinwegsetzen über positive Rechtsvorschriften, eine solche Behandlung des formellen Rechtes, welche alle Festigkeit und Bestimmtheit der Rechtsbegriffe nothwendig zerstören würde, den römischen Juristen aber gewiß nicht zuzutrauen ist; so hat auch Marcellus die angeführte Rechtsregel gar nicht so allgemein genommen als wie sie sich durch das Losreißen aus dem ursprünglichen Zusammenhange darstellt. Sie findet sich nämlich vollständiger in einer anderen Stelle[580]) und hatte eigentlich den Sinn, daß wegen unverschuldeter Proceßversäumnisse Restitution gegen die nach strengem Rechte eingetretenen oder verwirkten Nachtheile erlangt werden könne. Wollte man dieser Rechtsregel aber auch eine weiter gehende Bedeutung beilegen, so würde sie doch jedenfalls auf Restitution wider eigentliche Rechtsverluste zu beschränken sein; hiervon kann aber hier keine Rede sein, da der Testamentserbe nur etwas erlangen will, was noch gar nicht zu seinem Vermögen gehörte oder den gesetzlichen Erben von der Erbschaft auszuschließen beabsichtigt. Im späteren byzantinischen Rechte und namentlich in Leo's Novellen ist allerdings eine viel weiter gehende Rücksicht auf eintretende Nothfälle genommen worden; so sollen, wenn der Testator sich auf der Reise oder sonst an einem Orte befindet, wo die vorgeschriebene regelmäßige Anzahl der Zeugen nicht zu erlangen ist, drei Zeugen, ja bei einer eigentlichen Todesgefahr zwei Zeugen genügen[581]). Es kann indessen darauf kein Gewicht gelegt werden, da dies auf späteren Sanctionen byzantinischer Kaiser beruht, welche zwar historisch, nicht aber praktisch von Bedeutung sind.

c) Testament auf dem Lande (sog. testamentum rure confectum, test. rusticorum)[582]). Das Privilegium stützt sich auf eine Verordnung Justinian's von 534[583]), welche ihrer unbestimmten Fassung halber manche Zweifel erregt hat, namentlich in Bezug auf die Frage, welchen Personen dieses Privilegium zustehe, ob nur den eigentlichen Bauern oder allen Landbewohnern oder allen, welche auf dem Lande ein Testament machen? Zuvörderst ist der Inhalt der Verordnung kurz anzugeben. In den Städten und anderen Orten, wo es an Schreibkundigen nicht mangelt, soll die regelmäßige Testamentsform

---

180) L. 7. pr. D. 4. 1.

581) Nov. Leonis 41. 43. Ὁ πρόχειρος νόμος (Basilii Prochirum) Tit. XXI. §. 16. Harmenop. Man. Leg. Lib. V. Tit. 1. §. 36.

582) Stryk, diss. de testamento rusticorum. Frcf. 1684. Marezoll, über das sog. testamentum rusticorum, im Archiv f. civil. Praxis Bd. IX, S. 297—315. Fritz, das testamentum ruri conditum in Teutschland, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 22—32. Emminghaus, die Lehre vom testamentum ruri conditum im jetzt sächsischen Theile Thüringens, als Beispiel des in Teutschland geltenden Gewohnheitsrechtes, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XIX, S. 241 flg. Mühlenbruch Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42, S. 245—261.

583) L. 31. C. VI. 23.

beobachtet werden. In den Orten hingegen, wo seltener Schreibkundige gefunden werden, legt der Kaiser einer alten Gewohnheit der rusticani Gesetzeskraft bei, doch in der Art, daß, wo es an Schreibkundigen nicht mangelt, sieben Zeugen bei einem Testamente zugezogen werden und jeder Zeuge für seine Person unterschreibe. Wo aber keine Schreibkundigen zu finden sind, sollen sieben Zeugen, welche auch nicht schreiben können, als Zeugen zulässig sein. Sind an dem Orte, wo das Testament errichtet wird, nicht sieben Zeugen zu erlangen, so sollen fünf Zeugen, keineswegs aber weniger, genügen. Sind einer oder zwei oder mehrere der Zeugen des Schreibens erfahren, so kann dieser oder können diese für die des Schreibens unkundigen Zeugen in deren Gegenwart unterschreiben; es müssen aber alle Zeugen den Inhalt des letzten Willens kennen, um nach des Testators Tode darüber eidlich aussagen zu können. Worin das alte Gewohnheitsrecht, welches der Kaiser bestätigt, bestanden habe, ist mit Sicherheit nicht auszumitteln. Bezweifelt wird auch, ob dasselbe noch neben den im Gesetze enthaltenen Bestimmungen habe bestehen oder ob diese haben an dessen Stelle treten sollen. Das erstere nimmt Marezoll an; er behauptet, Justinian habe die bisherigen Gewohnheiten bestätigt, zugleich aber bestimmt, daß außer den Formen, welche die Ortsgewohnheit mit sich bringt, auch noch die im Gesetze enthaltenen Vorschriften beobachtet werden sollen[584]); von allgemeinen oder überall gleichförmigen Gewohnheiten sei nicht die Rede, sondern nur von localen Gewohnheiten[585]). Die praktische Anwendbarkeit des Grundsatzes, daß neben der gesetzlich bestimmten Form auch noch die gewohnheitsrechtliche zu beobachten sei, werde mithin durch unsere Unbekanntschaft mit den Gewohnheiten, worauf der Gesetzgeber hinweise, keineswegs gehindert; es komme auf die gewohnheitsrechtliche Form eines jeden Ortes auf dem Lande an und diese sei dann mit der im Gesetze bestimmten Form zu verbinden. Hiernach soll die Frage beantwortet werden, ob auf dem Lande neben der Unterschrift der Zeugen noch eine Untersiegelung und Besiegelung, ferner ob die Unterschrift des Testirers selbst, ob unitas actus, temporis nothwendig sei[586]). Kann man nun auch eine solche Anwendung des Gesetzes als möglich denken, so ist doch gegen das Nebeneinanderbestehen der gewohnheitsrechtlichen und der gesetzlichen Form entscheidend, daß, wenn erstere in einer außerordentlichen dem gemeinen Rechte unbekannten Form bestände, die Landleute, wenn sie daneben noch die gesetzliche Form beobachten sollten, viel strengeren Bedingungen unterworfen worden sein würden,

584) Marezoll a. a. O. S. 305, 307, 313—315.

585) Marezoll a. a. O. S. 306, 307. Es beruft sich derselbe auch auf die Basiliken oder vielmehr auf die Synopsis Basil. p. 324., aus welcher Basil. XXXV. 2. cap. 25. (ed. Heimb. T. III. p. 548. sq.) restituirt ist, worin von Ortsgewohnheiten allerdings die Rede ist. Denn die Synopsis sagt: τὴν τοῦ τόπου συνήθειαν ἀντὶ νόμου δεχόμεθα.

586) Marezoll a. a. O. S. 313 a. E.

als die Bewohner der Städte, was doch ganz entschieden gegen die im Gesetze sich klar darlegende Absicht des Gesetzgebers war, welcher die Errichtung der Testamente auf dem Lande nicht erschweren, sondern erleichtern wollte. Auch scheint nicht blos von Gewohnheiten einzelner Orte auf dem Lande, ungeachtet in der Synopsis, deren Stelle wahrscheinlich aus des Thaleläus Commentar zum Codex genommen ist, die Sache so aufgefaßt wird, sondern vielmehr von einer weitverbreiteten Gewohnheit, wornach auf dem Lande weniger Zeugen verlangt wurden, die Rede zu sein, wofür der Gebrauch des Singulars, antiquam eorum consuetudinem, entschieden spricht. Gewiß aber kann die angeführte Ansicht nicht für praktisch anwendbar im heutigen Rechte gehalten werden. Denn solche Gewohnheiten könnten jetzt doch nur teutsche partikuläre und statutarische sein; an später entstehende hat aber der Kaiser gewiß nicht gedacht, sondern nur an die in seinem Reiche vorkommenden. Besteht irgendwo wirklich eine solche Gewohnheit zu Recht, so ist vielmehr die Frage die, ob die gemeinrechtliche Form dadurch ausgeschlossen sei. In der That liegt aber die Voraussetzung sehr nahe, daß das Gesetz seinem Inhalte nach mit der Gewohnheit, welche der Kaiser vor Augen hatte, genau zusammenhängt. Diese Gewohnheit bestand aber darin, daß man auf dem Lande die neuere Testamentsform, welche sieben Zeugen verlangte, nicht überall beobachtete, sondern die spätere civile Testamentsform, bestehend in Zuziehung von fünf Zeugen ohne Mancipation, jedoch mit voller Nuncupation des Inhaltes der tabulae testamenti, so daß also das spätere schriftliche Civiltestament vor fünf Zeugen die Grundlage des sog. testamentum ruri conditum war und sich in diesem erhalten hat[587]). Hieraus erklärt sich am natürlichsten, wie der Gesetzgeber gerade auf die Zahl von fünf Zeugen geführt wurde und weniger als diese keinesfalls für ausreichend erachtet. Er sagt also: ich bestätige die alte Gewohnheit, vor fünf Zeugen zu testiren, als ein allgemeines Gesetz für die rusticani, jedoch unter den nachfolgenden Modificationen, daß u. s. w. Es ist schon nach dieser Auffassung des Gesetzes nicht zu bezweifeln, daß andere gemeinrechtlich zu beobachtende Förmlichkeiten und Erfordernisse eines Testamentes (außer der Zahl der Zeugen und deren Unterschriften) auch bei dem Testamente eines rusticanus vorhanden sein müssen, wie Einheit des Ortes, der Zeit und der Handlung, Besiegelung oder Untersiegelung, Unterschrift des Testators oder eines besonderen Zeugen für denselben. Denn es wird ja nicht etwa eine besondere Form für diese Testamente eingeführt, sondern von den regelmäßigen Erfordernissen etwas erlassen, so daß nur die Frage ist, was erlassen sei, im übrigen aber es bei der Regel bewenden muß. — Es entsteht die Frage, ob auch ein nur mündlich vor fünf Zeugen errichtetes Testament giltig sei. Man könnte daran zweifeln, wenn man den Ursprung dieser außerordentlichen Testamentsform, wie vorher angenommen wurde, aus der

587) Leist, Bonorum possessio, Bd. 2, Abth. 2, S. 112.

Beibehaltung des späteren schriftlichen Civiltestamentes vor fünf Zeugen ableitet. Auch ist nicht zu leugnen, daß der Kaiser vorzugsweise schriftliche Testamente, und den auf dem Lande nicht ungewöhnlichen Fall, daß nicht alle Zeugen schreiben können, vor Augen gehabt habe. Dessenungeachtet spricht überwiegende Wahrscheinlichkeit für Bejahung jener Frage. Denn das Gesetz sagt: usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi sancimus. Und dieser Satz wird keineswegs in der Verbindung ausgesprochen, daß schreibunkundige Zeugen neben anderen, welche schreiben können, zugezogen werden können, sondern er kommt in folgendem Zusammenhange vor: wenn sich überall keine Schreibkundigen finden, so kann der Testirer vor sieben Zeugen mündlich seinen letzten Willen erklären; finden sich auch keine sieben Zeugen, so genügen fünf. Erst hierauf kommt der Gesetzgeber auf das, was bei einem schriftlichen Testamente zu beobachten sei und bestimmt in dieser Hinsicht, daß im Nothfalle auch die Unterschrift Eines Zeugen genüge, unter der Voraussetzung, daß die Zeugen mit dem Inhalte des Testamentes bekannt gemacht werden. Jeder Zweifel für das heutige Recht wird durch die Notariatsordnung [588]) beseitigt; dort werden ganz allgemein und ohne daß von schriftlichen Testamenten überall die Rede ist, bei Testamenten der Bauersleute, wenn mehr Zeugen nicht zu erlangen sind, mindestens fünf Zeugen erfordert. — Nach dem Gesetze genügt, wenn unter den mehreren Zeugen einzelne Schreibkundige sich finden, daß diese für die Schreibunkundigen in deren Gegenwart das Testament unterschreiben; doch sollen die Zeugen mit dem Inhalte des Testamentes bekannt gemacht werden: sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem. Diese Bekanntmachung mit dem Inhalte des Testamentes erstreckt sich mit Nothwendigkeit auch auf den oder die Zeugen, welche für die anderen unterschreiben; denn da die Unterschrift in Gegenwart aller Zeugen erfolgen soll und die Zeugen vorher von dem Inhalte der Verfügung in Kenntniß gesetzt werden müssen, was in Gegenwart Aller geschehen muß, weil sonst die Einheit der Testamentshandlung unterbrochen sein würde, so erhält auch der schreibkundige Zeuge dadurch Bekanntschaft mit dem Inhalte des letzten Willens. — Wenn der Testator eine von ihm oder einem Anderen geschriebene Testamentsurkunde als schriftliches Testament zur Vollziehung bringen will, sich aber findet, daß keiner der Zeugen schreiben kann und er sich deshalb mit einer Vorlesung der Schrift vor den versammelten Zeugen begnügen muß, so kann dieselbe natürlich als schriftliches Testament nicht gelten, da dessen Kraft hauptsächlich auf der Unterschrift von Zeugen beruht. Die Frage, ob die Verfügung als mündliches Testament, sobald die Zeugen mit dem Inhalte bei dem Testamentsacte bekannt gemacht werden, bestehen könne,

---

588) Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 2: auf dem Gau, wo Bauerleute Testament machten und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, auf's wenigst fünf Zeugen. S. Fritz a. a. O. §. 3, 4, S. 24—27.

wird von Manchen[589]) verneint, wenn die Absicht des Testirers entschieden darauf gerichtet war, daß sein Testament ein schriftliches sein und als solches gelten solle; nur soll im Zweifel anzunehmen sein, daß der Testator seinen Willen geändert habe, wenn sich der gehörigen Vollziehung eines schriftlichen Testamentes Hindernisse in den Weg stellen und nunmehr der Testator die Vollziehung in einer Weise vornimmt, wonach es auch als mündliches Testament bestehen kann. Allein richtiger legt man darauf, in welcher Form der Testator eigentlich, und namentlich, ob er schriftlich habe testiren wollen, in dem Falle, wenn einige oder alle Zeugen nicht schreiben können, so daß nun der Inhalt des Testamentes mitgetheilt werden muß, kein Gewicht, indem es gerade zu den Eigenthümlichkeiten dieses Testamentes mit gehört, daß, wenn die Umstände die Beobachtung der der Absicht entsprechenden gesetzlichen Formen nicht gestatten, die nachgelassene außerordentliche genügen soll, welche eben auf den Fall berechnet ist, zur Aushilfe zu dienen[590]). Wäre irgend ein Zweifel übrig, so würde derselbe durch die Bestimmung der Notariatsordnung, wonach auch das mündliche Testament vor fünf Zeugen gilt, beseitigt sein. Die Vorschrift des römischen Rechtes, daß bei schriftlichen Testamenten die Unterschrift auch nur eines einzigen Zeugen genügen soll, ist dadurch unpraktisch geworden[591]). Denn da in einem Falle, wo nicht alle Zeugen schreiben können, der Inhalt des letzten Willens den Zeugen offen erklärt werden muß, so besteht jedenfalls das Testament als ein mündliches; die Unterschrift eines oder einiger Zeugen kann nichts weiter zu seiner Rechtsbeständigkeit beitragen, ist aber auch unschädlich nach dem Grundsatze: supervacanea non nocent. Die Meinung einiger älterer Juristen, daß, wenn auch sechs Zeugen zu erlangen wären, doch die Zuziehung von fünf Zeugen genüge, indem die Constitution Justinian's nur sieben oder fünf Zeugen verlange[592]), ist nicht zu billigen. Da nach dem Gesetze eigentlich sieben Zeugen erforderlich sind, doch aber auch weniger genügen sollen, wenn nicht so viel zu haben sind, jedoch nie unter fünf, so versteht es sich von selbst, daß stets so viele als unter der Zahl sieben zu bekommen sind, zugezogen werden müssen[593]). Auch nach der Notariatsordnung kommt man zu keinem anderen Resultate. Die Notariatsordnung verlangt, wenn mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, mindestens fünf Zeugen. Sind also mehr zu bekommen, so müssen auch mehr als fünf Zeugen zugezogen werden; nur der Mangel mehrerer Zeugen kann die Zuziehung von blos fünf Zeugen rechtfertigen; sind

---

589) Wie Mühlenbruch a. a. O. S. 255.

590) Sintenis, Civilrecht §. 170, N. 15, Bd. 3, S. 389 flg.

591) Fritz a. a. O. §. 5, S. 30 flg. A. M. ist Mühlenbruch a. a. O. S. 256 ohne hinreichenden Grund.

592) Stryk, diss. cit. C. III. n. 33. sq. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

593) Mühlenbruch a. a. O. S. 256 flg.

also sechs Zeugen zu erlangen, so müssen auch sechs Zeugen zugezogen werden. — Was die Frage anlangt, welchen Personen das Recht zustehe, auf die in der Constitution Justinian's angegebene Weise zu testiren, so sind hier die Eingangsworte der Constitution in das Auge zu fassen. Es wird in denselben zuvörderst erwähnt, daß von den Gesetzgebern immer Fürsorge für die rusticitas getragen und ihnen (also den Landbewohnern) die strenge Beobachtung in vielen Subtilitäten der Gesetze erlassen worden sei. Insbesondre wird dann erwähnt, daß es unmöglich sei, daß homines rusticani (Landbewohner) und solche, welche des Schreibens unkundig sind, die so vielen Testamentssolennitäten in ihren letzten Willen beobachten könnten, und davon der Grund hergenommen, warum der Kaiser ihrer Einfalt und Rechtsunerfahrenheit (simplicitas) durch dieses Gesetz zu Hilfe zu kommen für nothwendig erachtet. Nach diesem Eingange sollte man etwas ganz anderes in dem Gesetze erwarten, als was man darin findet. Auf einmal kommt der Kaiser auf die Schwierigkeit, die gehörige Anzahl fähiger und schreibkundiger Zeugen auf dem Lande zu finden und gründet hierauf die Bestimmung, daß im Nothfalle oder wenn die regelmäßigen Förmlichkeiten nicht beobachtet werden könnten, einiges davon erlassen sein solle. Dies steht offenbar mit der Einfalt und Rechtsunerfahrenheit des Standes, welchem dadurch eine Erleichterung verschafft werden sollte, in keinem Zusammenhange. Denn sind sieben fähige Zeugen vorhanden, so ist ihre Zuziehung nothwendig, der Testator mag mit dem zu einem förmlichen Testamente Erforderlichen bekannt gewesen sein oder nicht. Auch kann nicht angenommen werden, daß der Kaiser den Hauptpunkt der bei Landleuten sich findenden Unwissenheit in die so häufige Schreibunkunde derselben setze[594]), da offenbar von Privilegien der Rechtsunerfahrenheit die Rede ist, und daß auch durch dieses Gesetz der simplicitas hominum rusticanorum zu Hilfe gekommen werden solle. Nur erklärt sich einigermaßen dadurch, wie der Gesetzgeber von Einem auf das Andere gekommen ist[595]). Dem Inhalte des Gesetzes entspricht also dieser Grund des Gesetzes nicht. Dagegen ergiebt sich derselbe folgerichtig aus dem zweiten Grunde, daß nämlich sich nicht immer sieben Zeugen auf dem Lande finden. Allein hieraus würde auch zugleich folgen, daß nicht blos Landleute, sondern auch Städter, welche zufällig auf dem Lande verweilen und hier ein Testament zu machen durch die Umstände genöthigt sind, auf dasselbe Privilegium Anspruch machen dürften; eine Meinung, welche Manche annehmen, unter der Voraussetzung eines für den Testator wirklich eintretenden Nothstandes, welcher ihm die Errichtung eines Testamentes an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsorte unmöglich macht[596]). Allein die Bezeichnung der Personen durch rusti-

594) Wie Marezoll a. a. O. S. 303 thut.
595) Mühlenbruch a. a. O. S. 257 flg.
596) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 258 flg., N. 31.

cani, homines rusticani, rustici, worunter nur die regelmäßig auf Lande lebenden Personen, Landleute, im Gegensatze der Städtebewohner, verstanden werden, ohne Unterschied, ob sie wirkliche Bauern sind oder nicht, steht diesem entgegen. Daß sich auf Landbewohner überhaupt das Privilegium beziehe, folgt theils daraus, daß sich unmittelbar vor den Dispositivworten des Gesetzes der Gegensatz der Stadtbewohner findet (in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et literarum viget scientia), theils daraus, daß in einer späteren Novelle dieses Testamentsprivilegiums beiläufig Erwähnung geschieht, wo die testamenta, quae in civitatibus, und die, quae in agris fiunt, einander entgegengesetzt werden[597]). Auch der Grund des Gesetzes, nämlich der häufig auf dem Lande sich findende Mangel der gehörigen Anzahl der Zeugen, unterstützt die Annahme, daß der Ausdruck homines rusticani hier in der weiteren Bedeutung zu nehmen sei[598]). Es muß daher auch den zu dem gebildeten Stande gehörigen Landbewohnern dieses Privilegium zugestanden werden. Für die von Manchen angenommene Beschränkung desselben auf eigentliche Bauern läßt sich zwar anscheinend der Ausdruck der Notariatsordnung: „auf dem Gau, wo Bauerleute Testament machten" anführen. Allein das Reichsgesetz will offenbar hier nur eine Bestimmung des römischen Rechtes wiederholen und es kann daher auf den erwähnten Ausdruck ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Man wird auch nicht lediglich blos darauf, daß Jemand seinen regelmäßigen Aufenthalt auf dem Lande hat, Gewicht zu legen haben, um ihm das Privilegium zugestehen zu können, da es Dörfer genug mit stärkerer Bevölkerung als manche Städte giebt, welche also nicht zu den Orten gehören, in quibus raro inveniuntur homines, und namentlich literati, und man doch in den Dörfern „auf dem Lande" lebt; es wird vielmehr das Privilegium auf solche Landbewohner beschränkt werden müssen, welche in schwach bevölkerten Ortschaften oder in einzeln gelegenen Wohnsitzen testiren[599]). Indessen dürfte überhaupt in Teutschland bei der jetzt durchgängig verbreiteten Kunde des Schreibens, welche selbst auf dem Lande nicht selten ist, es sehr selten zu dem Falle der Anwendung dieses Testamentsprivilegiums kommen, wozu noch kommt, daß die Leichtigkeit der Errichtung gerichtlicher Testamente, welche überhaupt das Privattestament so selten gemacht hat, auch die Landbewohner regelmäßig veranlaßt, sich der Gerichtsbehörde zur Errichtung ihres letzten Willens zu bedienen. Eine bestrittene Frage ist endlich die über die Beweislast, wenn in Frage steht, ob an dem Orte der Testamentserrichtung die gesetzmäßige Anzahl von Zeugen zu erlangen und ob alle zugezogenen Zeugen schreibkundig gewesen seien. Während die Meisten[600]) sich dafür erklären, daß der-

597) Nov. 73. cap. 9.
598) Marezoll a. a. O. §. 2, S. 298 flg.
599) Sintenis, Civilrecht §. 170 u. N. 15 dazu Bd. 3, S. 389 flg.
600) Wernher, Obs. T. III. P. II. obs. 348. Marezoll a. a. O.

jenige, welcher sich auf ein solches Testament beruft, auch die nothwendigen thatsächlichen Voraussetzungen dieser Form zu erweisen habe, geht Mühlenbruch[601]) davon aus, daß Justinian nicht sowohl eine Ausnahme von der Regel der Zuziehung von sieben Zeugen bei der Testamentserrichtung einführe, als vielmehr eine bisher geltende Gewohnheit, nur mit der Modification bestätige, daß die gewöhnliche Form beobachtet werde, wenn dies möglich sei; gehe man nun davon aus, daß die bestätigte Gewohnheit in dem Gebrauche bestand, vor fünf Zeugen zu testiren; so sei dadurch jener Gebrauch als Regel anerkannt, mithin das Dasein von Umständen, worauf die Modification beruhe, von demjenigen zu erweisen, welcher sich darauf stütze. Allein es ist dies dem Gesetze selbst gerade entgegen. Der Kaiser hält als Regel die Testamentserrichtung vor sieben Zeugen fest; nur unter gewissen thatsächlichen Voraussetzungen läßt er Abweichungen zu und auch nur für solche Ausnahmsfälle ist das bisher bestehende Gewohnheitsrecht anerkannt. Daß also die thatsächlichen Voraussetzungen für den Ausnahmefall vorliegen, hat derjenige zu erweisen, welcher sich auf die Ausnahme beruft. Der Beweis selbst wird meistens durch die Testamentszeugen selbst geführt werden können.

d) Testament eines Blinden[602]). Dasselbe gehört zu den Testamenten, deren Förmlichkeiten noch über die gewöhnliche Testamentsform hinaus vermehrt worden sind. Die Testirfähigkeit der Blinden an sich unterliegt keinem Zweifel. Das ältere Recht macht gar keinen Unterschied zwischen sehenden und blinden Testatoren; es brauchten auch letztere nur die gewöhnliche Testamentsform zu beobachten[603]). Zur Verhütung jenes Irrthums und Betruges, welcher bei dem Testamente eines Blinden möglich wäre und zur Herstellung der möglichsten Gewißheit des Willens, hat Kaiser Justinus in einer in den Codex aufgenommenen Constitution[604]) eine besondere Form bei den Testamenten Blinder vorgeschrieben, eine Verordnuug, welche nicht nur ihrem ganzen Umfange nach in den Institutionen bestätigt[605]), sondern auch, mit wenigen Abänderungen, in einer ziemlich wörtlichen Uebersetzung in die Notariatsordnung aufgenommen worden ist[605a]). Nach diesen Gesetzen

S. 315. Emminghaus, im Archiv Bd. XIX, S. 264. Sintenis a. a. O. S. 390 flg.

601) Mühlenbruch a. a. O. S. 261.

602) Stryk, disp. de testamentis corpore vitiatorum. Hal. 1702. rec. Viteb. 1740. §. 3—25. de Weert, diss. de testamentis coecorum. Traiecti 1764. Kersten, diss. de visu privatis eorumque iuribus. Lips. 1773. §. XV. Koehnen, diss. de forma testamenti externa a coeco observanda. Gotting. 1781. Marezoll, Bemerk. über das Testament der Blinden, in v. Grolman und v. Löhr, Magaz. f. RW. und Gesetzg. Bd. IV, S. 166—173. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 334—336. Bd. 34, S. 26—47.

603) Paul. Sent. Lib. III. Tit. IV. A. §. 4.

604) L. 8. C. VI. 22.

605) §. 4. Inst. II. 12.

605a) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 9.

kann ein Blinder nicht schriftlich, sondern blos mündlich testiren. Sein Testament bleibt selbst dann ein mündliches, wenn auch derselbe vorher seinen letzten Willen hat schriftlich aufsetzen lassen; weil der schriftliche Aufsatz dem Testator und den Zeugen vorgelesen und im Beisein der letzteren vom Testator genehmigt werden muß. Nur unter dieser Einschränkung wird ihm, und zwar nach der Fassung der Worte des Gesetzes, als etwas besonderes gestattet, seinen letzten Willen vorher durch einen Anderen aufsetzen zu lassen[606]). Testirt der Blinde außergerichtlich, so soll, außer den gewöhnlich zu einem Privattestamente erforderlichen sieben Zeugen noch eine öffentliche Person, in der römischen Constitution tabularius, in dem Reichsgesetze Notarius genannt, zugezogen werden; sollte kein Notar zu haben sein, so soll ein achter Zeuge seine Stelle vertreten. Es hängt mithin nicht von der Willkür des Blinden ab, ob er einen Notar oder einen achten Zeugen zuziehen will; die Worte beider Gesetze lassen darüber keinen Zweifel, daß letzterer nur dann genügt, wenn kein Notar zu erlangen ist. Vor dieser Versammlung soll nun der Blinde erklären, daß er mündlich testiren wolle. Man könnte, da dieses nur eine Anwendung der allgemeinen Vorschrift zu sein scheint, daß, wer mündlich testiren wolle, dies vorher den Zeugen erklären müsse, diese Vorschrift für überflüssig halten wollen, nachdem Justinian bei dem mündlichen Testamente alle formalis observatio aufgehoben und es für genügend erklärt hat, wenn der Testator, ohne vorher die bisher üblichen solennen Worte, ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit, gegen die Zeugen auszusprechen, den versammelten Zeugen seinen letzten Willen kund gethan hat[607]). Allein, obwohl es nicht an Juristen gefehlt hat, welche jene Vorschrift auch bei dem Testamente eines Blinden nur für unnöthig halten, so ist doch dieser Ansicht nicht beizupflichten. Es liegt in der Natur der Sache, daß bei einem mündlichen Testamente der Testator zuvor den versammelten Zeugen den Zweck andeutet, zu welchem er sie berufen hat, und es ist daher durch Justinian mehr die Nothwendigkeit des Gebrauches der erwähnten formalia verba als die Sache selbst aufgehoben worden. Dazu kommt, daß in den Institutionen die Vorschrift des Kaisers Justin unabgeändert bestätigt ist, welche doch jünger als dessen Constitution sind. Jeder Zweifel wird jedoch durch die Notariatsordnung beseitigt. Diese verlangt von den Zeugen bei einem gewöhnlichen mündlichen Testamente nur, daß sie dazu berufen und gebeten sein sollen[608]); bei dem Testamente eines Blinden schreibt sie zweimal vor: daß die sieben Zeugen dazu berufen und, worzu sie berufen worden sein, wissend gemacht werden[609]). Hierauf soll der Testator die einzusetzenden Erben nicht nur mit ihrem Namen nennen,

606) Marezoll a. a. O. S. 168 flg.
607) L. 26. C. VI. 23.
608) Notariatsordn. a. a. O. §. 8.
609) Marezoll a. a. O. S. 169—172.

sondern auch ihre Person mit genauer Angabe ihrer Würden, Standes und Wesens so kenntlich machen, daß man gewiß wisse, wen er gemeint habe. Auf gleiche Weise soll er die einem Jeden zugedachten Erbtheile genau bestimmen, ebenso die Vermächtnisse anordnen und was jeder Legatar und Fideicommissar erhalten soll, bestimmt angeben. Auf die Giltigkeit des letzten Willens ist es aber gewiß ohne Einfluß, wenn etwa die Vermächtnisse vor der Erbeinsetzung angeordnet worden sind, wenn gleich in beiden Gesetzen die Erbeinsetzung der Anordnung der Vermächtnisse vorangestellt wird [610]). Hat der Blinde seinen letzten Willen in dieser Weise deutlich und vernehmlich und natürlich in einer dem Notar und den Zeugen verständlichen Sprache ausgesprochen, was ja das nothwendige Erforderniß eines jeden mündlichen Testamentes ist, so muß diese Verfügung sofort von dem Notar oder von dem an seiner Stelle zugezogenen achten Zeugen in Gegenwart der sieben Zeugen niedergeschrieben und von allen diesen unterschrieben und untersiegelt werden, alles zu Einer Zeit und an demselben Orte. Die Constitution Justin's und die Notariatsordnung Tit. II. §. 9 verlangt nicht, daß diese Niederschrift dem Blinden wieder vorgelesen werde. Indessen folgt die Nothwendigkeit der Vorlesung aus der allgemeinen Vorschrift der Notariatsordnung Tit. II. §. 5 bei mündlichen Testamenten, daß der ganze Act dem Testator und den Zeugen, bevor sie von einander scheiden, vorgelesen werden soll. Hat hingegen der Blinde seinen letzten Willen schon vorher durch einen Anderen schriftlich aufsetzen lassen, wie ihm dies gesetzlich gestattet ist, so soll dieser schrifliche Aufsatz, nachdem zuvor der Testator den zusammenberufenen sieben Zeugen erklärt hat, daß er vor ihnen testiren wolle, von dem Notar oder in dessen Ermangelung von dem achten Zeugen dem Testator und den Zeugen vorgelesen werden, damit alle den Inhalt des Aufsatzes kennen lernen. Nachdem nun der Testator den ihm vorgelesenen Aufsatz als seinen letzten Willen anerkannt und genehmigt hat, muß das Testament sowohl von dem Notar oder von dem anstatt seiner zugezogenen achten Zeugen als von den übrigen sieben Zeugen unterschrieben und untersiegelt werden. Hinsichtlich des Ortes der Unterschrift des Notars und der Zeugen ist im römischen sowohl als teutschen Gesetze besonders geordnet, daß dieselbe am Ende der Urkunde geschehen soll, während bei einem anderen gewöhnlichen Testamente die Unterschrift an einem beliebigen Orte des Testamentes geschehen kann [611]). Diese Form ist jedoch nur bei außergerichtlichen Testamenten der Blinden zu beobachten. Bei gerichtlichen Testamenten fällt sie weg. Wenn jedoch der Blinde einen von einem Anderen in seinem Auftrage vorher abgefaßten schriftlichen Aufsatz als seinen letzten Willen dem Gerichte übergiebt, so gehört es zur Gewißheit und

610) Dies ist auch in Harmonie mit den allgemeinen Grundsätzen in §. 34 Inst. II. 20.

611) Vgl. L. 21. pr. C. VI. 23. Notariatsordn. a. a. O. §. 7. S. Marezoll a. a. O. S. 166 flg.

Giltigkeit, daß der schriftliche Aufsatz von der Gerichtsperson, welche das Testament aufnimmt, dem Blinden vorgelesen und von diesem als sein letzter Wille anerkannt werde. — Eine schon seit der Zeit der Glossatoren[612]) sehr bestrittene Frage ist, ob auch bei dem Codicill eines Blinden dieselbe Form zu beobachten und also ebenso wie bei dem Testamente eines solchen acht Zeugen erforderlich seien, wenn kein Notar zu haben sei oder ob es nicht schon genüge, wenn außer den sonst erforderlichen fünf Zeugen noch ein Notar oder in dessen Ermangelung ein achter Zeuge zugezogen werde. Es ist fast unbegreiflich, wie darüber nur haben Zweifel entstehen können, da nach den klaren Worten der Gesetze dieselbe Form bei dem Codicille eines Blinden beobachtet werden soll, wie bei dem Testamente eines solchen[613]). Eine Erörterung dieser Streitfrage ist bei dem klaren Buchstaben der Gesetze überflüssig. Nur eines Beweisgrundes für die vom Buchstaben der Gesetze abweichende Ansicht[614]) ist noch zu gedenken. Er besteht darin, daß in den Basiliken oder vielmehr in der Synopsis Basilicorum, aus welcher die betreffende Basilikenstelle restituirt ist[615]), gesagt wird: *ἐὰν τυφλὸς ἀγράφιος διατίθεται, παρόντων ζ'. ἢ ε'. μαρτύρων καὶ ταβουλλαρίου προλεγέτω κ. τ. λ.* Der Blinde, welcher mündlich testiren will, soll dies in Gegenwart von sieben oder fünf Zeugen und eines tabularius thun. Man hat die Worte *ἢ ε'.* vel quinque auf die Codicille bezogen. Allein in den angeführten Worten wird ja blos vom Testamente eines Blinden gesprochen und die Worte *ἢ ε'. μαρτύρων* sind aus der Verordnung Kaiser Leo des Weisen (Nov. 41.), nach welcher ein Testament auch vor fünf Zeugen giltig errichtet werden kann, entlehnt und dem ursprünglichen Auszuge der L. 8. C. VI. 22., welcher von Thaleläus herrührt, hinzugefügt. Es ist auch möglich, daß die Basiliken (Buch 35 derselben ist verloren gegangen) den ursprünglichen Auszug des Thaleläus ohne diesen Zusatz enthalten haben und dieser Zusatz erst in der Synopsis hinzugefügt worden ist. Von dem Codicill eines Blinden ist in der angeführten Stelle der Synopsis erst am Ende derselben die Rede, und es soll da dasselbe gelten, wie bei einem Testamente; also genügen auch fünf Zeugen dabei, weil solche auch bei einem Testamente hinreichen. Daß auch bei Schenkungen Todes halber, welche ein Blinder errichtet, die nämliche Form wie bei letzten Willen eines solchen beobachtet werden muß, kann keinem Zweifel unterliegen. Die bei der mortis causa donatio

612) Siehe die Glosse zu L. 8. C. VI. 22.

613) L. 8. C. VI. 22. verb.: Quae in eundem modum — duxerint ordinanda. Notariatsordn. a. a. O. §. 11. verb.: Es ist auch nicht allein — solche Form zu halten.

614) Sie hat zahlreiche Vertheidiger gefunden sowie auch die Meinung, welche sich an den Buchstaben der Gesetze hält. Vgl. die Citate bei Glück Bd. 34, S. 39 flg., N. 69, 71.

615) Syn. p. 325., aus welcher Basil. XXXV. 3. cap. 8. (ed. Heimb. T. III. p. 550.) restituirt ist.

vorgeschriebene Zuziehung von fünf Zeugen ist blos die gewöhnliche Codicillarform[616]; bei Codicillen eines Blinden ist diese Form aber vermehrt und es bedarf daher, wenn ein solcher eine mortis causa donatio vor Zeugen errichten will, auch der bei Errichtung eines Codicilles von Seiten eines Blinden erforderlichen vermehrten Formalitäten; es versteht sich aber, daß, wenn der Blinde eine Schenkung Todes halber im Betrage über 500 solidi gerichtlich insinuiren läßt, die gerichtliche Insinuation jede weitere Förmlichkeit überflüssig macht. Streitiger ist es, ob die bei Testamenten der Blinden vorgeschriebenen Förmlichkeiten auch auf privilegirte Testamente anzuwenden seien. Die Meisten verneinen diese Frage und gestatten daher den Blinden in Ansehung der Form zu testiren dieselben Privilegien, welche den Sehenden zustehen, wenn sie nur das beobachteten, was diese zu beobachten haben[617]; vorsichtshalber könnte etwa ein Zeuge mehr gebraucht werden; wenn daher ein blinder Vater unter seinen Kindern testire, so seien schon drei Zeugen genügend. Diese Meinung stützt sich darauf, daß diese Privilegien ihren besonderen Grund hätten, Specialgesetze wären, denen eine lex generalis, wie die Constitution Justin's und die Notariatsordnung nicht derogiren könnte; dazu komme, daß die Constitution blos von solennen Testamenten der Blinden rede, wie aus den Worten: praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, ganz deutlich sich ergebe, indem hiernach von minder feierlichen Testamenten nichts habe verordnet werden sollen. Dagegen bejahen Andere obige Frage und stützen sich darauf, daß in den Institutionen ausdrücklich gesagt werde, ein Blinder könne nicht anders testiren, als in der von Justin eingeführten Form[618], sowie darauf, daß die Notariatsordnung die vorgeschriebene Form nicht allein in einem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und anderen seinen letzten Willen angewendet wissen wolle[619]. Unserem Erachten nach muß unterschieden werden, ob zur Giltigkeit eines privilegirten Testamentes factische Gewißheit des Willens des Testirers genüge oder außerdem besondere Formen, wenngleich wenigere und vielleicht andere als bei gewöhnlichen Testamenten zu beobachten sind. Im ersten Falle kann auch ein Blinder mündlich testiren vor zwei Zeugen, welche nur des Beweises halber zuzuziehen sind. So ist kein Grund einzusehen, warum nicht ein Soldat im Felde, welcher durch eine Wunde das Augenlicht verloren hat, sollte mündlich vor zwei Zeugen testiren dürfen, da er des Testamentsprivilegiums durch seine im Dienste erhaltene Wunde doch

---

616) Vgl. den Artikel Schenkung auf den Todesfall Bd. IX, S. 717.

617) Vertheidiger dieser Ansicht führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 44, N. 79.

618) §. 4. Inst. II. 12.

619) Notariatsordn. a. a. O. §. 11. Vertheidiger dieser Ansicht führt an Glück a. a. O. Bd. 34, S. 46.

unmöglich verlustig gehen kann. Ebenso ist nicht einzusehen, warum nicht ein Blinder mündlich ein Testament zu Gunsten einer pia causa vor zwei des Beweises halber zugezogenen Zeugen sollte errichten können, da dieses Testament nach der richtigen Ansicht eben nur factische Gewißheit des Willens des Testirers voraussetzt, diese aber durch die Zuziehung zweier Zeugen hier vollkommen hergestellt wird. Im zweiten Falle hingegen kann ein Blinder nicht anders testiren, als in der für die Testamente Blinder überhaupt vorgeschriebenen Form. So z. B. kann ein blinder Vater unter seinen Kindern nur auf die gewöhnliche Weise, in welcher überhaupt Testamente Blinder zu errichten sind, testiren, indem zur wesentlichen Form des Testamentes der Eltern unter ihren Kindern nach römischem Rechte gehört, daß der Testirer den Hauptinhalt des Testamentes eigenhändig schreibe [620]), er diese Form dieses privilegirten Testamentes aber gar nicht einmal zu beobachten im Stande ist. Dagegen ist, da die Notariatsordnung auch ein mündliches privilegirtes Testament der Eltern vor zwei Zeugen gestattet hat, nach diesem Gesetze ein Blinder unter seinen Kindern mündlich zu testiren befugt; wie, ist später zu erörtern. — Den Testamenten Blinder stehen, insofern als vermehrte Solennitäten verlangt werden, gleich die bereits früher erwähnten schriftlichen Testamente Stummer und der des Schreibens unkundigen Personen.

e) Letztwillige Verfügung der Eltern unter ihren Kindern (sog. dispositio parentum inter liberos) [621]). 1) Geschichtliche Einleitung. Von jeher stand es bei den Römern einem Testator zu, in einer rechtsbeständigen letztwilligen Verfügung Bestimmungen über die Art und Weise der Vertheilung seines Nachlasses unter seine Erben zu treffen; Anordnungen, welchen auch der arbiter familiae erciscundae bei dem gerichtlichen Theilungsverfahren nachzugehen hatte, vorbehältlich jedoch der gesetzlichen Rechte der Erben, über welche ein Erblasser nicht willkürlich verfügen durfte, namentlich mit Vorbehalt des Rechtes zum Abzuge der Falcidischen Quart und des Pflichttheilsrechtes [622]). Häufig wurden besonders solche Anordnungen in Bezug

---

620) Nov. 107. cap. 1.

621) Von den äußerst zahlreichen Schriften über diesen Gegenstand sind ältere und neuere angeführt bei Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 42, S. 151, N. *, S. 231, N. *. Von den neueren sind zu bemerken: Bülow, Abhandl. über einzelne Theile des römischen bürgerl. Rechtes Bd. 1, N. 6, S. 173—214. Frankenfeld, de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos. Gotting. 1792. Schroeder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ien. 1819. Euler, de testamento et divisione parentum inter liberos. Berol. 1820. Andreä, Beitrag zur Lehre vom testam. parentum inter liberos, im Archiv für civil. Praxis Bd. IV, S. 370 flg. Fritz, Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kinder. Gießen 1822. Müller, de testamento parentum inter liberos privilegiato. Lips. 1826. Mühlenbruch Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42, S. 151—245.

622) L. 10. 21. C. III. 36. Vgl. auch L. 33. D. 10. 2.

auf die Kinder des Erblassers getroffen[623]); indessen kommt etwas Eigenthümliches bei diesen Verfügungen lange nicht vor[624]). Auch eine vom Vater vorgenommene Vertheilung einzelner Sachen wird, obgleich er ab intestato starb, für giltig erklärt[625]). Die Erben waren an eine solche Vertheilung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen gebunden, soweit kein gesetzliches Verbot der Verfügung des Erblassers entgegenstand. Daher konnte der Erblasser auch die Schulden nach Maßgabe der den Honorirten zugewiesenen Besitzungen vertheilen und wenn einer von ihnen die ihm angesonnene Zahlung verweigerte, von den übrigen mit der praescriptis verbis actio dazu angehalten werden, gleichsam als wenn sie sich durch gegenseitigen Tausch der Besitzungen und Uebernahme der auf denselben haftenden Schulden verpflichtet hätten[626]). Dagegen scheint ein Rescript Diocletian's und Maximian's[627]) etwas besonderes für solche Verfügungen, wenn sie Kinder betreffen, anzuerkennen, indem es ausspricht, daß, wenn auch der väterliche Wille weder als Testament, noch als Codicill bestehe, doch der väterlichen, sei es durch irgend welche Worte, kundgegebenen Willenserklärung, obgleich Intestaterbfolge eingetreten sei, vom arbiter familiae erciscundae nachgegangen werden müsse. Die meisten älteren Juristen beziehen wirklich diese Stelle auf ein eigentliches Privilegium letztwilliger Verfügungen, welche Anordnungen zum besten der Descendenten enthalten; sie soll den Ausspruch enthalten, es solle die Verfügung, wenn sie auch wegen Formmängeln weder als Testament noch als Codicill gelten könne, dennoch als Fideicommiß bestehen, falls sie sich nur auf Kinder beziehe, welchenfalls solche die väterlichen Anordnungen anerkennen müßten, doch in der Art, daß ihnen sämmtlich die sog. Trebellianische Quart, wie jedem Fiduciarerben, frei bleibe[628]). Allein die Worte: etsi tam circa testamentum, quam codicillos iudicium eius deficiat, dürfen nicht auf eigentliche Mängel bezogen werden, sondern vielmehr auf den Willen, auf die Absicht des Testators, so daß das Rescript mithin sagt: wenn der Vater

---

623) L. 20. §. 3. L. 32. L. 39. §. 1. 5. D. 10. 2. L. 21. C. III. 36. L. 8. pr. C. III. 28.

624) Die Meinung von Frankenfeld, diss. laud. §. 1. fin., daß schon Alexander Severus in L. 8. C. III. 28. solche Verfügungen von den gewöhnlichen Formalitäten entbunden habe, folglich die ersten Spuren des in Frage stehenden Testamentsprivilegiums enthalte, ist unbegründet, da die Stelle überall nicht von der Form einer solchen Verfügung spricht, sondern nur jedem Kinde den Pflichttheil freigelassen wissen will. Die in Rede stehende Verfügung konnte ebensowohl in einem Testamente als in einem Intestatcodicill erfolgen. Fritz a. a. O. §. 7, S. 16, N. a. S. 17, N. d.

625) L. 39. §. 1. D. 10. 2.

626) L. 20. §. 3. D. 10. 2.

627) L. 16. C. III. 36.

628) Schon Thaleläus in der adnot. ad verba L. 16. C. III. 36. quibuscunque verbis (Sch. Ἐπειδὴ Basil. XLII. 3. 72. Heimb. T. IV. p. 285.) hat diese Ansicht, ebenso die Accursische Glosse deficiat zu L. 16. C. fam. erc. (III. 36.) und ältere und neuere Juristen.

weder ein Testament noch ein Codicill zu errichten die Absicht hat, sondern blos über die Vertheilung seines Vermögens unter die Kinder Bestimmungen trifft, so soll dies giltig sein, der etwa zur Rechtshilfe aufgeforderte iudex fam. erc. also den väterlichen Anordnungen nachgehen müssen. Das Besondere liegt auch hier wieder nur in den persönlichen Verhältnissen, nicht in den zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätzen. Eine vorläufige Erbtheilung, welche weder Testament noch Codicill sein soll (d. h. wodurch der Disponent die berücksichtigten Personen nicht eigentlich zur Nachfolge erst berufen will) oder welche sich nicht auf ein vorhergegangenes Testament bezieht, ist nur möglich, wenn der Disponent dabei an seine nächsten Intestaterben als Erben denkt. Hieraus erklärt sich das Rescript ganz einfach [629]). Die erste eigentliche Erweiterung des früheren Rechtes enthält eine Constitution Constantin's von 321 [630]). Darin ist verordnet, daß, wenn auch ein eigentliches Testament beabsichtigt sei, die Verfügung als solches aber aus irgend einem Grunde nicht bestehen könne, sie dennoch gelten solle soweit sie sich auf sui oder auf solche Descendenten beziehe, welche nach prätorischem Rechte den sui rücksichtlich der Erbfolge gleichstehen. Es ist hier nur an Verfügungen des Vaters gedacht worden, da die Mutter werder sui hat, noch nach prätorischem Rechte von Descendenten beerbt wurde. Die ganze Fassung des Gesetzes, dessen Ausdruck, ergiebt, daß der Kaiser wirklich etwas Neues einzuführen beabsichtigte. Worin die Neuerung bestehe, ist im allgemeinen ebenfalls klar. Der Vater will nicht ab intestato beerbt werden; es konnte mithin nach dem bisherigen Rechte seine Verfügung nur bestehen, wenn die Ausführung seiner Absicht entsprach, wenn er also ein förmliches rechtsbeständiges Testament errichtet hatte; doch sollen Descendenten desfallsiger Mängel ungeachtet dem väterlichen Willen sich zu fügen verbunden sein. Gleichgiltig ist hier, welcher Art die Mängel sind, ob der Wille noch nicht vollständig erklärt ist oder der Ausdruck mangelhaft ist oder ob es an der Form fehlt; nur muß selbstverständlich die Verfügung, soweit sie die Kinder angeht, deutlich und bestimmt ausgesprochen sein. Die Constitution läßt jedoch mit Bestimmtheit nicht ersehen, ob die Verfügung als eigentlich testamentarische, als Erbeinsetzung der Kinder, aufrecht erhalten werden soll oder ob der Kaiser nur die Giltigkeit der besonderen Zutheilungen vor Augen hatte und im übrigen das bisherige Recht zur Anwendung kommen mußte, d. h. Intestaterbfolge für sämmtliche Kinder eintrat, die Zutheilungen selbst aber nur insoweit giltig und wirksam waren, als sie sich mit dem Rechte auf den Pflichttheil vertrugen. Für letzteres spricht, daß nicht nur im Eingange von einer Zutheilung von Sachen (cum dividendae res erunt) die Rede ist, sondern es auch am Schlusse derselben heißt: es solle dem väterlichen Wille nachgegangen

---

629) S. die Ausführung bei Mühlenbruch a. a. O. S. 154—157.
630) L. 1. Th. Cod. II. 24. ed. Haenel p. 236. sq.

werden, cum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegetur adscriptum. Praktisch war diese Unterscheidung freilich ohne Bedeutung, weil, wenn auch die Kinder vermöge des Testamentes als Erben behandelt wurden, sich doch dabei der Vorbehalt des Pflichttheilsrechtes aller Einzelnen allemal von selbst verstand. Nur mittelbar könnte dies auf die Auslegung der Vorschriften Justinian's über das testamentum parentum inter liberos von Bedeutung sein, nämlich insofern als es unzweifelhaft wäre, daß jene Vorschriften ebenfalls auf wahre Testamente zu beziehen seien, wenn schon Constantin beabsichtigte, unvollständige Verfügungen als eigentliche Erbeinsetzung aufrecht zu erhalten. Indessen läßt sich diese Absicht Constantin's schwerlich annehmen, so daß demnach die Verfügung nur die Wirkung eines Intestatcodicilles haben konnte und auch die unter dem Namen dieses Kaisers in den Justinianeischen Codex aufgenommene L. 26. C. III. 36., welcher wahrscheinlich die erwähnte Verordnung im Theodosischen Codex, vielleicht mit Benutzung noch einer anderen Constitution, jedenfalls mit starken Interpolationen zum Grunde liegt[631]), enthält nichts, was auf diese Absicht schließen ließe. Der Schlußsatz dieser Stelle enthält etwas, was sich in bisher angeführten Constitutionen nicht findet, nämlich, daß die Disposition nur gelten könne, soweit sie sich auf Descendenten bezieht; soweit sie sich aber auf dritte Personen bezieht, für nichtig zu achten sei[632]). Dies verstand sich eigentlich schon von selbst oder ist blos eine Folgerung aus der Bestimmung, die Verfügung sei nur unter den Descendenten giltig. Der hier allein demnach in Frage kommende erste Theil der Constitution unterstützt die Ansicht, daß die Verfügung nur als Intestatcodicill gelten solle, noch sehr bestimmt, indem er ebenso wie die Rescripte Diocletian's und Maximian's, eine Hinweisung auf die nach Vorschrift des (Pegasianischen) Senatsschlusses abzuziehende Falcidische Quart enthält. Eine fernere Erweiterung des früheren Rechtes findet sich in einer Novelle Theodosius II. über die Testamentsform von 439[633]). Nachdem darin von den Förmlichkeiten des schriftlichen Testamentes die Rede gewesen und bemerkt ist, daß ein von den Zeugen nicht unterschriebenes und besiegeltes Testament ein imperfectum sei, wird weiter gesagt: Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus. Dann geht die Constitution sofort zu den Förmlichkeiten des

631) Vgl. darüber I. Gothofredus in not. ad L. 1. Th. C. II. 24. Dagegen halten Wenck, libri quinque priores Theod. Codicis p. 134. not. g. und Müller, diss. laud. p. 12. die L. 26. C. III. 36. für eine von der L. 1. Th. C. II. 24. ganz verschiedene Constitution. S. auch Herrmann in seiner Ausgabe des Just. Codex p. 211. not. e.

632) Dieser Satz ist auch in L. 21. §. 3. C. VI. 23. von Theodosius II. enthalten, daher die gewöhnliche Annahme, daß L. 26. C. III. 36. aus der Verordnung Constantin's und einer Constitution von Theodosius zusammengesetzt sei.

633) Nov. Theodosii II. Tit. XVI. const. 1. §. 5. fin. ed. Haenel p. 63.

mündlichen Testamentes über, ohne eines Privilegiums des Testamentes der Eltern unter den Kindern irgend weiter zu gedenken. Im Justinianeischen Codex ist diese Constitution als L. 21. C. VI. 23. mit Weglassung des Einganges und Schlusses sowie mit einigen sonstigen Aenderungen, aufgenommen. Die obige Stelle lautet hier anders[634]), indem hier nach den Worten inter solos liberos die Worte a parentibus utriusque sexus eingeschoben werden, und derselbe, der Theodosischen Novelle fremde, Satz, welcher die Einmischung dritter Personen für unstatthaft erklärt und sich mit etwas anderen Worten in L. 26. C. III. 36. findet, zugesetzt wird; ein Zusatz, der wahrscheinlich von den Compilatoren herrührt. Hiernach besteht die Neuerung der Theodosischen Constitution, abgesehen von der sich von selbst verstehenden Bestimmung über Unwirksamkeit der Einmischung dritter Personen, jedenfalls darin, daß das bisher blos den väterlichen Adscendenten zustehende Recht auch auf die mütterlichen ausgedehnt wurde. Ob dadurch einer unvollständigen dispositio parentum inter liberos die Bedeutung eines eigentlichen Testamentes beigelegt ist oder ob sie, wie nach dem früheren Rechte, als Codicill gelten soll, bleibt zweifelhaft. Wenn auch Manche sich für ersteres erklären[635]), so läßt sich doch, da buchstäblich die Verfügung nur an sich für wirksam erklärt wird (voluntatem tenere defuncti), rücksichtlich der Art und Weise dieser Wirksamkeit eine Abweichung von dem Rechte, wie es bisher gegolten hatte, schwerlich annehmen[636]). Der Stand des in Frage stehenden Rechtes vor Justinian's Novellen war demnach folgender: a) so wie jedem Testirer zusteht, eine eigentliche Erbtheilung wirksam zu verfügen, so dürfen auch Eltern ohne alles Testament bestimmen, wie die Kinder als Intestaterben unter einander theilen sollen. Es war diesfalls zwischen väterlichen und mütterlichen Adscendenten kein Unterschied, weil in einer solchen Verfügung nur ein Recht ausgeübt wurde, welches jedem Erblasser zustand[637]). Eine besondere Form für solche Erbtheilungen gab es nicht. b) Wenn aber die Verfügung ein Testament oder ein Codicill sein soll, wodurch die darin genannten Personen eigentlich honorirt oder zur Nachfolge berufen werden sollen, so muß sie auch die gesetzlichen Erfordernisse haben. Nur Eltern haben das Vorrecht, daß auch eine derselben ermangelnde Dispo-

634) L. 21. §. 3. C. VI. 23.

635) Frankenfeld l. c. §. 7. Schroeder, diss. laud. §. 5. p. 14. sq. Letzterer schreibt dies freilich schon der Verordnung Constantin's zu.

636) Bülow a. a. O. S. 182. Euler l. c. §. 10. Fritz a. a. O. §. 16. Mühlenbruch a. a. O. S. 163.

637) Wenn Bülow a. a. O. S. 173 flg. das Recht zu einer solchen Theilung, sowie es schon die Pandektenjuristen kennen, auf die väterlichen Adscendenten beschränkt, und die Ausdehnung desselben auf die mütterlichen Adscendenten erst aus der L. 2. Th. C. II. 24., einer Constitution Constantin's von 327, ableitet, so ist dagegen zu bemerken, daß aus dieser Stelle nicht entfernt hervorgeht, daß der Kaiser etwas Neues habe einführen wollen. Mühlenbruch a. a. O. S. 164, N. 17.

sition gilt, jedoch nicht als wahres Testament, sondern als vorläufige Erbtheilung, vorausgesetzt, daß die Verfügung in einem schriftlichen Aufsatze getroffen ist. — Es ist nunmehr Justinian's eigene Gesetzgebung über diesen Gegenstand in Betracht zu ziehen. Seine erste in Nov. 18. cap. 7. von 536 enthaltene Vorschrift betrifft wieder nur solche Verfügungen der Eltern, welche bloße Erbtheilung bezwecken. Der Kaiser erklärt, durch seine Vorschrift den Zweifeln und Streitigkeiten ein Ende machen zu wollen, welche durch die oft unbestimmten und nicht einmal immer erweislichen Erbtheilungen der Eltern so leicht entständen. Deshalb verordnet er: wer sein Vermögen oder Theile desselben unter seine Kinder vertheilen wolle, solle die zu vertheilenden Gegenstände womöglich in seinem Testamente bezeichnen; werde er aber daran durch die Umstände gehindert, so stehe ihm frei, eine Vertheilung seiner Sachen vorzunehmen und die darüber aufgenommene Urkunde entweder selbst zu unterschreiben oder durch seine Kinder unterschreiben zu lassen, um auf diese Weise dem Geschäfte unzweifelhaften Glauben zu verschaffen; geschehe dieses nicht, sondern erfolge nur eine ungewisse und, wie gewöhnlich, unbezeugte Vertheilung, so sei das Geschäft nichtig und weder für die Kinder selbst, noch für den Theilungsrichter verbindlich. Aus dieser Stelle der Novelle ist nur ein Auszug im Codex befindlich[638]), welcher den Sinn der Novelle viel richtiger wiedergiebt, als dies in der teutschen Uebersetzung des Corpus iuris geschehen ist[639]). Im J. 541 gab Justinian das umfassendere Gesetz über letztwillige Verfügungen der Eltern, welches uns als Nov. 107 bekannt ist. Im Eingange gedenkt der Kaiser der über den Gegenstand ergangenen früheren Gesetze von Constantin[640]) und von Theodosius II.[641]). Nachdem er deren Inhalt kurz angegeben hat, folgen dann seine Vorschriften über den Gegenstand in drei Capiteln, in deren letztem er erst seiner eigenen früheren Verordnung (Nov. 18. cap. 7.) Erwähnung thut. Die beiden ersten Capitel der 107. Novelle betreffen das jetzt sog. testamentum privilegiatum parentum inter liberos, und zwar enthält das erste Bestimmungen über die Form, das zweite über die Aufhebung einer solchen Verfügung; das dritte Capitel bezieht sich auf die bloßen Erbvertheilungen. Bevor der hauptsächliche Inhalt des Gesetzes in Betracht gezogen wird, fragt es sich, welches die Subjecte bei diesen Verfügungen seien oder auf welche Descendenten sich dieselben beziehen können. Die richtige Ansicht geht dahin, daß alle Descendenten des Erblassers gemeint sind, welche ihn ab intestato beerben, mithin auch Enkel und entferntere Abkömmlinge, sofern ihnen nicht ein näherer Descendent in demselben

---

638) Auth. Si modo ad L. 26. C. III. 36.

639) Bd. VII der teutschen Uebersetzung des Corp. iur. civil. S. 131 flg. Vgl. was darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 168—170 mit Recht bemerkt.

640) L. 1. Th. C. II. 24. L. 26. Iust. C. III. 36.

641) Nov. Theodosii II. Tit. XVI. const. 1. §. 5. oder L. 21. §. 3. C. VI. 23.

Stamme im Wege steht. Obwohl man auch die Giltigkeit der Verfügungen dieser Art nur für Descendenten ersten Grades hat anerkennen wollen, so spricht doch für die Anwendung auf Descendenten aller Grade mit der bereits gedachten Beschränkung entschieden die Bezugnahme auf die Gesetze Constantin's, in welchen aber überhaupt von Descendenten die Rede ist, welche nach Civilrecht oder nach prätorischem Rechte zur Erbfolge berufen werden[642]. Dagegen gehen diejenigen zu weit, welche eine privilegirte Verfügung der Eltern auch in Bezug auf die entfernteren Descendenten für möglich halten, indem sie dies aus der allgemeineren Bedeutung von filii und παῖδες, wonach Descendenten überhaupt ohne Unterschied des Grades darunter verstanden werden, schließen. Auch dieser Annahme stehen die früheren Gesetze entgegen, an welche sich Justinian's Vorschrift nur anschließt. Die im Civilrechte oder im prätorischen Rechte zur väterlichen Erbschaft berufenen Descendenten, für welche Constantin das Privilegium zuließ, sind diejenigen, welche zur Intestaterbfolge berufen werden; eben diese hat auch Theodosius II. gemeint, wenn er dasselbe Recht auch auf die mütterlichen Ascendenten ausdehnt. Ueber die Subjecte aber ist von Justinian etwas besonderes überall nicht bestimmt; daher muß die privilegirte letzwillige Verfügung der Eltern nur auf solche Descendenten bezogen werden, von welchen dieselben ab intestato beerbt werden. Hiernach müssen solche Verfügungen auch für vollständig legitimirte, und sofern sie vom Vater herrühren, auch für Adoptivkinder gelten, die von der Mutter und mütterlichen Ascendenten ausgehenden aber auch für uneheliche Descendenten, sofern sie überhaupt ein Intestaterbrecht haben[643]. Auch für unvollständig Adoptirte müssen jene Verfügungen gelten, da dieses Recht vom Notherbenrechte nirgends abhängig gemacht wird, unvollständig Adoptirte aber ebenso gut ab intestato erben, wie die vollständig Adoptirten[644]. Umsoweniger darf der Adoptivmutter in Ansehung von ihr in solatium liberorum amissorum adoptirten Kinder das Recht der privilegirten Disposition abgesprochen werden, indem diese sogar Notherben sind[645]. Dagegen darf dieses Recht auf Concubinenkinder, insofern sie $1/_6$ des väterlichen Nachlasses beanspruchen dürfen, nicht erstreckt werden, da dieses außerordentlicher Weise eintretende Intestaterbrecht sowohl nach seinem Grunde als nach seiner Wirkung so wesentlich von dem regelmäßigen Rechte der gesetzlichen Erbfolge abweicht, daß es bedenklich ist, die auf die Intestaterben bezüglichen besonderen Rechte auch

---

642) L. 1. Th. C. II. 24. L. 26. Iust. C. III. 36.

643) S. die Abhandlungen von Bülow S. 192 flg. Frankenfeld §. 13. Fritz §. 24, 25. Euler §. 30—33. Müller §. 12. 13. Mühlenbruch a. a. O. S. 174.

644) Fritz a. a. O. §. 25. Müller, diss. laud. §. 13. Mühlenbruch a. a. O. S. 174. A. M. sind Frankenfeld l. c. §. 21. Schroeder l. c. §. 8. Euler l. c. §. 31.

645) L. 29. §. 3. D. 5. 2. L. 2. C. de adopt. (VIII. 47. (48.))

hierauf zu übertragen[646]). Ueber den eigentlichen Inhalt der Nov. 107 geht die gewöhnliche und noch jetzt gangbare Meinung dahin, daß das Gesetz ein eigentliches testamentum inter liberos von der bloßen Erbtheilung unterscheide, und von dem ersteren im Cap. 1, 2, von der Theilung zum Theil im ersten und besonders im dritten Capitel die Rede sei. Diese Ansicht liegt auch der folgenden Darstellung zum Grunde.

2) Testamentum parentum inter liberos. Was a) die Erfordernisse desselben nach der Novelle 107 anlangt, so ergeben sich die besonderen subjectiven Bedingungen aus der vorstehenden Erörterung über die Personen, auf welche jede privilegirte Verfügung der Adscendenten, sei sie Testament oder Erbtheilung, beschränkt ist. Außerdem muß selbstverständlich sowohl die Testirfähigkeit als die Erbfähigkeit vorhanden sein. Hauptsächlich kommt die Form in Betracht. Die in Bezug hierauf geordneten eigenthümlichen Förmlichkeiten, welche bei gewöhnlichen Testamenten nicht vorkommen, haben dazu Veranlassung gegeben, daß man dieses Testament als ein Testament mit eigenthümlichen oder veränderten Formen angesehen hat. Das Gesetz sagt nirgends, daß dieses Testament ein privilegirtes oder von der gewöhnlichen Form entbundenes sein solle. Die daher entstehende Frage, ob außer den gewöhnlichen Förmlichkeiten nicht noch das nach dem Gesetze für dieses Testament Erforderliche zu beobachten sei, wird von Cujacius[647]) dahin beantwortet, daß die Zuziehung von Zeugen auch bei diesem Testamente unerläßlich und nur die Unterschrift und Besiegelung durch dieselben unnöthig sei, weil solche schon in der Theodosischen Constitution[648]) erlassen sei. Allein letzwillige Verfügungen der Eltern, wie sie Constantin und Theodosius II. vor Augen hatten, bedurften überall keiner Zeugen und bei Codicillen waren sie überhaupt nicht nöthig. Letzteres änderte sich und nur dispositiones parentum inter liberos sollten, wenn auch ein Testament oder Codicill beabsichtigt, diese Absicht aber nicht ausgeführt war, so viel wie möglich aufrecht erhalten werden. Hierauf wird nun in der Theodosischen Novelle, welche die Form für alle Testamente bestimmt und namentlich bei schriftlichen Testamenten die Unterschrift und Besiegelung der Zeugen verlangt, widrigenfalls das Testament ein testamentum infectum oder imperfectum sei, Rücksicht genommen und bestimmt, daß aus einem testamentum imperfectum der Wille des Erblassers nicht gelten solle, außer unter Kindern allein: nisi inter solos liberos habeatur. Das heißt nicht: nur die Unterschriften und Besiegelungen dürfen fehlen; alles übrige muß aber beobachtet sein. Der Kaiser sagt: imperfectum sei ein Testament schon, wenn es von den Zeugen nicht unterschrieben oder besiegelt sei; ein imperfectum testamentum aber solle gelten, wenn es eine dispo-

646) Euler l. c. §. 30. Fritz a. a. O. §. 24. Müller l. c. §. 12. Mühlenbruch a. a. O. S. 174 flg.

647) Cuiacii, consultation. p. 1.

648) L. 21. §. 3. C. VI. 23.

sitio parentum inter liberos sei. Hieraus folgt allerdings, daß eine solche Verfügung gilt, wenn sie auch von den etwa zugezogenen Zeugen nicht unterschrieben ist, nicht aber, daß sie nicht gelte, wenn gar keine Zeugen zugezogen sind[649]). Wenn nun zu der Zeit, als Justinian sein Gesetz erließ, bei solchen Verfügungen keine Zuziehung von Zeugen nothwendig war, so darf man dieselbe nicht als sich von selbst verstehend bei einer gesetzlichen Vorschrift voraussetzen, deren Zweck nur die Fortbildung des bisherigen Rechtes war. Die in der Novelle 107 vorgeschriebene Zuziehung von Zeugen in Bezug auf solche testamentarische Verfügungen, welche dritte Personen betreffen, enthält noch ein sehr triftiges Argument für die gewöhnliche Ansicht, daß die Verfügung, soweit sie die Descendenten angeht, keiner Zeugen bedarf. Noch mehr ergiebt sich dieses Resultat aus dem Schlußsatze des cap. 1. der Novelle 107. Nachdem nämlich darin vom Kaiser angedeutet worden ist, daß, wenngleich es bei Einmischung dritter Personen der Zuziehung von Zeugen bedürfe, doch dabei nicht gerade alle Erfordernisse schriftlicher Testamente (Unterschrift und Besiegelung der Zeugen) beobachtet werden müßten, wird von ihm als Grund dafür angegeben, daß die Kraft des testamentum parentum inter liberos ja hauptsächlich auf den eigenhändigen Erklärungen des Testators beruhe. Dieses Testament bedarf also keiner Zuziehung von Zeugen. Dagegen ist nothwendig eine schriftliche Testamentsurkunde sowie daß der Testator wenigstens diejenigen Punkte eigenhändig schreibe, in Ansehung welcher dies ausdrücklich geordnet ist. Es ist aber beides nicht unbestritten[650]). Es giebt hierüber drei verschiedene der hier angenommenen Meinung entgegenstehende Ansichten. Nach der einen soll auch ein mündliches Testament der Eltern unter den Kindern keiner Form bedürfen, vielmehr es hinreichen, wenn das Dasein und der Inhalt der Verfügung durch Zeugen erweislich ist. Es wird dies hauptsächlich darauf gestützt, daß ja früher schon die Verfügungen der Eltern unter den Kindern mündlich und ohne Form hätten errichtet werden können, die Novelle 107 aber nur von dem Falle spreche, wenn der Testirer schriftlich testiren wolle und könne. Allein das frühere Recht, auf welches man sich dabei beruft, bezieht sich auf bloße vorläufige Erbtheilungen. Als in dieser Hinsicht ein besonderes Recht für Eltern aufkam, verlangte man schriftliche Abfassung der Willenserklärung. Wenn auch Justinian in der Novelle allerdings von den Eltern spricht, welche des Schreibens kundig unter ihren Kindern testiren wollen, so läßt sich doch daraus nicht schließen, daß, wer schriftlich testiren will, an die nachbenannten besonderen Erfordernisse gebunden, mündliche Testamente der Eltern dagegen von aller Form befreit seien. Es müssen daher mündliche Testamente der Eltern als den gewöhnlichen Formen unterliegend angesehen werden. Eine zweite Ansicht geht dahin,

649) Euler l. c. §. 50. 51. Mühlenbruch a. a. O. S. 176 flg.

650) Vgl. über die verschiedenen Ansichten und deren Vertheidiger Mühlenbruch a. a. O. S. 178—181.

daß ein Testament, welches von einem Notar oder einem Dritten im Auftrage des Testators aufgesetzt worden ist, ohne eigentliche Solennitäten und zwar als testamentum nuncupativum in scripturam redactum gelte. Die gegen die erste Ansicht geltend gemachten Gründe entscheiden auch gegen diese. Nach einer dritten Ansicht giebt es zwar kein mündliches privilegirtes Testament, wohl aber soll es genügen, wenn der Testator den von einem Anderen niedergeschriebenen Aufsatz auch nur unterschreibt. Sie stützt sich auf Folgendes: zu der Zeit der Publication der Novelle 107 sei nothwendig gewesen, daß der Testirer das Testament entweder selbst schreibe oder doch unterschreibe und zugleich die Namen der Erben eigenhändig ausdrücke oder durch die Testamentszeugen niederschreiben lasse[651]); nach der Novelle 119 cap. 8. genüge es aber, wenn der Testator auch blos unterschreibe; dadurch sei die Vorschrift der Novelle 107, daß die Namen der Erben von des Testators eigener Hand geschrieben sein müßten, aufgehoben. Diesem steht entgegen: erstens, daß die Eigenthümlichkeiten des privilegirten Testamentes der Eltern unter den Kindern, woraus die Nothwendigkeit eines schriftlichen Aufsatzes sich ergiebt, nicht blos im eigenhändigen Niederschreiben der Namen bestehen; zweitens, daß die Vorschrift der Novelle 107 als ius speciale oder singulare, der wenngleich neueren lex generalis, der Vorschrift der Novelle 119 cap. 8. vorgehen muß[652]). Es ist aber auch umsoweniger anzunehmen, daß erstere durch letztere habe aufgehoben werden sollen, als letztere nur einen Monat jünger ist (Nov. 107 ist im Januar, Nov. 119 im Februar 541 erlassen) und daher erstere wohl ausdrücklich erwähnt worden sein würde, wenn deren Aufhebung beabsichtigt worden wäre. Bevor die einzelnen Erfordernisse dieses privilegirten Testamentes in Betracht gezogen werden, sind noch folgende allgemeine Fragen zu besprechen. Die erste Frage ist, ob der Testator das Testament ganz schreiben müsse oder ob es hinreiche, wenn er nur dasjenige eigenhändig schreibt, was buchstäblich im Gesetze bestimmt ist. Die von Manchen angenommene Nothwendigkeit, daß der Testator das ganze Testament eigenhändig schreibe, ist wohl nur auf den eigentlichen dispositiven Theil des Testamentes, wozu auch Ernennungen von Vormündern und Enterbungen, wenn man solche hier überhaupt für zulässig hält, gehören, zu beschränken. Wenn aber, wie es bei uns üblich ist, der Testator sein Testament mit allen Weitläufigkeiten, Vor- und Schlußbemerkungen abfassen will, so ist in der That kein Grund, warum dies nicht durch Andere soll geschrieben werden können. Der Zweck der Vorschrift ist, daß der dispositive Theil des Testamentes als der unzweifelhafte Wille des Testators feststehen solle; diesen Zweck glaubt der Gesetzgeber am sichersten dadurch zu erreichen, daß er die eigenhändige

651) L. 27. 28. C. VI. 23.

652) Bülow a. a. O. S. 196, Nr. 10. Fritz a. a. O. §. 29. Euler l. c. §. 42. Müller l. c. §. 17. 19. a. E. Mühlenbruch a. a. O. S. 181.

Niederschrift der dahin gehörigen Bestimmungen nebst dem Datum durch den Testator fordert. Man darf darüber umsoweniger hinausgehen, als in dieser Vorschrift eine Vermehrung der gemeinrechtlichen Förmlichkeiten liegt, mithin anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber von dieser nur insoweit abgewichen sei, als dies im Gesetze buchstäblich bestimmt ist oder der Zweck desselben verlangt[653]). Ebensowenig kann die Meinung gebilligt werden, welche nicht blos eigenhändige Niederschrift der im Gesetze ausdrücklich genannten Punkte, sondern eigenhändige Niederschrift des ganzen Testamentes oder doch wenigstens eigenhändige Unterschrift des Testators verlangt. Denn wollte der Gesetzgeber wirklich, daß der Testator das ganze Testament schreibe, so kann dessen bloße Unterschrift auch für den nicht wesentlichen Theil des Testamentes nicht genügen; ist dagegen eine Unterschrift des Testators nothwendig, so kann die eigenhändige Niederschrift des Testamentes durch den Testator auch den Mangel der Unterschrift nicht ersetzen[654]). Die zweite Frage ist, ob die Unterschrift des Testators nothwendig sei. Die Ansichten sind auch hierüber sehr verschieden. So natürlich es ist, auch wohl der Gesetzgeber es als sich von selbst verstehend vorausgesetzt hat, daß, wenn ein Testator eigenhändige Erklärungen im Testamente machen soll, er deren Echtheit durch seine Unterschrift bestätige, so wird doch im Gesetze die Unterschrift nicht ausdrücklich verlangt. Die Meinung, welche in dem Gesetze selbst die Nothwendigkeit der Unterschrift findet, gründet sich auf die falsche Uebersetzung der Worte des griechischen Textes: *πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον*, in der Vulgate, welche so lautet: primo quidem eius subscriptione tempus declaret, während sie in der That nur sagen, daß der Testator zuvörderst das Datum des Testamentes beischreiben soll[655]). Auch folgt die Nothwendigkeit der Unterschrift gar nicht aus dem Zwecke des Gesetzes, da sich auch ohne eigenhändige Unterschrift die Echtheit der Handschrift vollkommen sicher feststellen läßt. Die dritte Frage ist, ob ein an sich unvollständiges Testament, welches aber die äußeren und inneren Erfordernisse eines test. parent. inter liberos hat, als solches aufrecht erhalten werden könne. Es läßt sich hier zweierlei unterscheiden: Unvollständigkeit in Ansehung der Form und in Ansehung der Willenserklärung oder des Inhaltes. Wenn sich ein schriftlicher Entwurf vorfindet, von dem Testator selbst niedergeschrieben, und zwar alles das enthaltend, was die Novelle zum Rechtsbestande eines Testamentes der Eltern unter den Kindern voraussetzt, allein der Disponent beabsichtigte noch irgend eine Formalität, z. B. Zuziehung eines Notars, oder er wollte überall keine privilegirte letztwillige Verfügung errichten, sondern in der gemeinrechtlichen Form testiren, oder wenn der Testator noch

---

653) Fritz a. a. O. S. 58, N. c. Müller l. c. §. 19. p. 30. Mühlenbruch a. a. O. S. 182 flg.
654) Mühlenbruch a. a. O. S. 183 flg.
655) Euler l. c. §. 54. Fritz a. a. O. §. 32. Müller l. c. §. 19.

andere Anordnungen zu treffen beabsichtigte, welche einen wesentlichen Theil des Testamentes bilden, z. B. die Ernennung von Miterben, er hat dies aber nicht ausgeführt, ohne daß anzunehmen ist, er habe dies aufgegeben, so kann in beiden Fällen die Verfügung zwar nicht als eigentliches Testament gelten, wohl aber die Wirkung einer divisio parentum inter liberos haben. Es ist dies nämlich in den Verordnungen von Constantin und Theodosius II. anerkannt[656]) und dem Princip nach auch durch Justinian's gesetzliche Vorschrift nicht aufgehoben. Nur muß alsdann die Form beobachtet sein, welche der Kaiser für solche Vertheilungen angeordnet hat[657]). Uebrigens ist im Zweifel nicht die Absicht des Verfügenden anzunehmen, daß er noch Förmlichkeiten, welche nicht erforderlich waren, habe anwenden wollen. Wenn sich daher eine erweislich echte Schrift vorfindet, welche das nach dem Gesetze Erforderliche enthält, es mag bemerkt sein, daß dieselbe als eigentliches Testament gelten solle oder nicht, so darf man ihm diese Eigenschaft auch nicht streitig machen. Auf die Person, bei welcher, und auf den Ort, wo sie sich vorfindet, dürfte auch wenig Gewicht zu legen sein; es kommt indeß auf die Umstände an. Wird z. B. die fragliche Schrift an einem Orte nach dem Ableben des Testirers gefunden, wo derselbe Papiere hinzulegen pflegte, die cassirt oder zu anderweitem Gebrauch verwendet werden sollten, so muß dieselbe als bedeutungslos und als eine solche erachtet werden, welche der Testator selbst nicht zur Vollziehung gebracht wissen wollte; wollte Jemand ein Versehen des Testirers hierbei behaupten, so müßte er es beweisen. Ebenso kann, wenn die Person, welche die fragliche Schrift nach dem Tode des Testators producirt, eine dritte ist, welche nicht zu den Descendenten desselben gehört und nicht nachweisen kann, daß ihr die Schrift besonders zu dem Zwecke, um sie nach dem Ableben des Erblassers vorzulegen, anvertraut worden sei, eine Verfügung des Erblassers, welche derselbe nach seinem Tode vollzogen wissen wollte,

---

656) L. 26. C. III. 36. L. 21. §. 3. C. VI. 23.

657) Mühlenbruch a. a. O. S. 185—189 und besonders N. 74. Gegen diese Ansicht macht Sintenis, Civilrecht §. 170, N. 18, Bd. 3, S. 392 geltend, daß alle dafür angeführten Gründe dadurch aufgewogen werden, daß in diesen Fällen durchaus nicht feststehe, ob der Testator überhaupt ernstlich und definitiv das gewollt habe, wofür sich das nothdürftige Vorhandensein der Form einer divisio parentum inter liberos etwa behaupten lasse, sofern er es nicht in dieser Form gewollt habe. Er beruft sich ferner darauf, daß ja auch die Wirkungen der Codicillarclausel, ohne deren ausdrückliches Aussprechen, noch stillschweigend von selbst eintreten und findet auch in L. 11. §. 1. D. 32. nicht eine Bestätigung seiner Ansicht. Unseres Erachtens sind diese Gründe von keinem Belang, da, wie die vorher dargestellte historische Entwickelung zeigt, eben Verfügungen der Eltern unter den Kindern, namentlich Vertheilungen, dadurch begünstigt waren, daß auch ein imperfectum testamentum der Abscendenten, soweit es solche enthielt, wirksam war; es ist dies auch durch Justinian's Gesetzgebung nicht aufgehoben, sondern nur für die div. parent. int. liber. eine besondere Form geordnet worden. Hat also ein testam. imperfectum wenigstens diese Form, so muß es auch im neuesten Rechte noch als div. parent. int. liber. gelten.

nicht angenommen werden. Es ist also dies meistentheils quaestio facti[658]). — Das erste Erforderniß bei dem testamentum parentum inter liberos anlangend, so sagt die Novelle 107 cap. 1: *βουλόμεθα, εἴ τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι δατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον*. Von jeher ist die Beifügung des Datums von Seiten des Testators als ein in dem dispositiven Theile des Gesetzes enthaltenes oder befehlsweise vorgeschriebenes betrachtet werden. Dagegen wird von Heraldus behauptet, daß der griechische Urtext nur sage: wenn die Eltern das Datum beifügen wollten, so sollten sie dieses eigenhändig thun[659]). Wenn ihm auch Andere hierin beigepflichtet haben, auch Heraldus sich auf die versio vulgata deshalb beruft, so sagt doch auch diese Uebersetzung im wesentlichen nichts anderes als der Urtext, und die Auslegung des Heraldus ist schon deshalb verwerflich, weil der Satz *πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον* offenbar nicht von dem unmittelbar vorhergehenden *βούλοιτο*, sondern von dem noch weiter vorhergehenden *βουλόμεθα* regiert wird, wie auch die nach diesem Satze weiter folgenden Sätze, und bei der entgegengesetzten Annahme es diesem Satze an allem periodischen Zusammenhange fehlen würde[660]). Die hier angenommene Auslegung wird noch durch die späteren Novellenepitomatoren Julian[661]), Athanasius[662]) und Theodorus[663]) unterstützt. Ueberdies sprechen dafür innere Gründe. Denn eines Theiles dient hier, wo alle Form auf der Schrift beruht, die Beifügung des Datums als Merkmal der ernstlich gemeinten und vollendeten Willenserklärung[664]), anderen Theiles wäre es aber, wenn man nicht gerade verlangt, daß der Testator das ganze Testament schreiben müsse, seltsam, wenn bestimmt wäre, die Beifügung des Datums könne unterbleiben, wenn sie aber erfolge, so müsse sie vom Testator selbst geschehen[665]). Dafür aber, daß der Testator nicht das ganze Testament schreiben müsse, sprechen überwiegende Gründe, vor allem das Gesetz selbst, welches nur

658) Vgl. Zoller, diss. de dispositione paterna inter liberos, quae post obitum eius ab uno ex filiis profertur, valida. Lips. 1748. Stryk, diss. laud. c. III. nr. 57. Euler l. c. §. 56.

659) Heraldus, observ. et mand. c. 50. (in Otto, Thes. iur. T. II. p. 1385. sq.)

660) Ausführlich ist dies dargethan von Euler l. c. §. 40. 41. Andreä, im Archiv f. civil. Praxis Bd. II, S. 380 flg.

661) Iulianus, Epitome Novellarum c. 100.: Si quis — — voluerit, inprimis tempus conscribat.

662) Athanasius, Nov. Iustin. Tit. IX. const. 8. (Heimbach iun. Anecd. T. I. p. 103.): *Ἐὰν ὁ γράμματα ἐπιστάμενος βούλεται μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων ποιήσειν* (leg. *ποιῆσαι*) *διατύπωσιν, πρῶτον μὲν προγραφέτω τὸν χρόνον.*

663) Theodorus, Breviar. Novellar. Nov. 107. (Zachariae, Anecd. p. 103.): *Ὁ μεταξὺ παίδων διατύπωσιν ποιῶν προγραφέτω τὸν χρόνον.*

664) Euler l. c. §. 38.

665) Euler l. c. §. 40.

verlangt, daß gewisse Theile des Testamentes vom Testirer geschrieben sein müssen. In Bezug auf dieses erste Erforderniß sind noch folgende Streitfragen zu berühren. Zuvörderst fragt es sich, ob das Datum der Verfügung voranstehen muß oder ob es, wie es gewöhnlich bei allen Scripturen geschieht, unter dieselbe zu setzen ist. Für letzteres pflegt man die versio vulgata anzuführen, welche dieses Erforderniß so ausdrückt: primum quidem — subscriptione tempus declaret; es ist aber dies kein Beweis, da andere Manuscripte statt subscriptione haben: praescriptione. Die Scrimgersche Lesart προγράφειν, wofür Holoander liest γράφειν, wird aber durch Athanasius und Theodorus, welche ebenso lesen, unterstützt. Nach dieser durch die beinahe gleichzeitigen Novellenepitomatoren unterstützten Lesart muß das Datum der Verfügung voranstehen, da προγράφειν bedeutet: voraus oder vorher schreiben (praescribere). Es wäre auch wirklich sonderbar, wenn unter den Erfordernissen, wenn die Beifügung des Datums am Ende der Urkunde bei der etwa vom Testator beigesetzten Unterschrift erfolgen könnte, die Unterschrift, welche am Schlusse der Urkunde bewirkt wird, als das erste genannt worden wäre. Der Testator muß das Datum mit eigener Hand schreiben; denn wenn im griechischen Texte es heißt: πρῶτον μὲν — προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρί, so kann das οἰκείᾳ χειρί nur mit dem προγράφειν verbunden werden, und es muß hiernach der Testator das Datum eigenhändig schreiben[666]). Es erhält dies noch dadurch Unterstützung, daß das Gesetz überall auf eigenhändige Schrift großes Gewicht legt und daß man deshalb von der Voraussetzung ausgehen darf, daß alle, nach der gesetzlichen Bestimmung in dem Testamente nothwendig auszudrückenden Punkte auch vom Testator selbst zu schreiben sind. Dagegen kann die folgende Bestimmung, daß die Erbtheile nicht mit Zahlzeichen, sondern durch Buchstaben ausgedrückt werden sollen, nicht auch auf das Datum bezogen werden, obwohl dies von Manchen angenommen worden ist und die Auctorität des Verfassers einer Authentike für sich hat[667]). Denn dieses Erforderniß bezieht sich ganz bestimmt nur auf die Erbtheile, wie aus den Worten: καὶ πρόςγε τοὺς οὐγκιασμούς — μὴ τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν σημαινομένους, ἀλλὰ δι᾽ ὅλων γραμμάτων δηλουμένους hervorgeht. Vielmehr ist es gleichgiltig, ob das Datum durch Zahlen oder durch Buchstaben ausgedrückt wird. Selbst eine andere Bezeichnung, welche mit Bestimmtheit den Tag ergiebt, an welchem die Verfügung vollzogen ist (z. B. geschrieben an meinem 60. Geburtstage) ist für genügend zu halten, da das Gesetz nur Angabe der Zeit fordert[668]). Das zweite Erforderniß ist nach der Novelle 107 cap. 1 die eigenhändige Anführung des Namens der Kinder. Daß dieses Erforderniß

666) Euler l. c. p. 39. 40. a. E., 41. zu Anfang.
667) Auth. Quod sine ad L. 21. C. de testam. (VI. 23.)
668) Euler l. c. §. 39. Mühlenbruch a. a. O. S. 193—195.

nicht durch Novelle 119 cap. 9 aufgehoben worden sei, ist, obwohl Manche dies angenommen haben, bereits vorher ausgeführt worden. Dagegen fragt sich, ob nicht statt der Benennung auch eine anderweite Bezeichnung der Kinder genüge[669]). Diejenigen, welche dieses bejahen, berufen sich auf den bekannten Rechtssatz: nomina significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest[670]). Dagegen wird die verneinende Ansicht darauf gestützt, daß der Kaiser ausdrücklich die Anführung der Namen vorgeschrieben habe und es mit der Anwendung singulärer Rechtsbestimmungen möglichst genau zu nehmen sei. Mühlenbruch glaubt, daß die Wahrheit hier in der Mitte liege, und diesem ist beizutreten. Auch bei Auslegung singulärer Gesetze ist der Zusammenhang der einzelnen Sätze und der gesetzliche Zweck zu berücksichtigen. Es soll nach des Kaisers Willen durch einen möglichst bestimmten Ausdruck allen Zweifeln über den Inhalt der Willenserklärung vorgebeugt werden, und bei der fraglichen Vorschrift hatte er offenbar den Fall vor Augen, wenn der Testator mehrere Kinder hat und für jeden besondere Erbtheile aussetzt, wie dies die Bestimmung über den Ausdruck der Erbtheile ergiebt. Bestimmt der Testator ungleiche Erbtheile oder setzt dem einen oder anderen Kinde Prälegate aus oder trifft sonst besondere Bestimmungen für einzelne Descendenten, so kann eine bloße Bezeichnung statt der Namen leicht Zweifel erregen. Wenn man hier nun auch nicht eine buchstäbliche Anwendung des Gesetzes verlangen will, so muß doch jedenfalls eine solche Bezeichnung gebraucht werden, welche über das Kind, welches gemeint ist, nicht den mindesten Zweifel übrig läßt, und wir tragen auch gegen Mühlenbruch kein Bedenken, die Bezeichnung, mein ältester Sohn, mein jüngster Sohn und dergl., als vollkommen genügend anzunehmen. Ganz entschieden kann in dem Falle, wenn der Testirer nur ein einziges Kind hat und dasselbe zu seinem Erben eingesetzt, ohne dasselbe durch seinen Eigennamen zu bezeichnen, eine Ungewißheit des Willens des Testators in der gemeinten Person nicht entstehen und es ist dieses für genügend zu achten, nach Analogie der Grundsätze über die Enterbung, nach welchen, obgleich bei Söhnen namentliche Enterbung verlangt wurde, bei dem Dasein nur Eines Sohnes genügte, wenn der Testator sagte: filius exheres esto[671]). Ebenso bedarf es keiner Bezeichnung durch Namen, wenn der Testator seine sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen oder ohne alle Theilbestimmung einsetzt, oder auch, wenn er einen Sohn und eine Tochter hat und diese zu verschiedenen Theilen zu Erben einsetzt. Das dritte Erforderniß ist, daß der Testator die Erbtheile ebenfalls eigenhändig und zwar durch Buchstaben, nicht durch Zahlen, ausdrücke. Sonderbar ist die Meinung, daß diese

669) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 195—197.
670) §. 29. fin. Inst. II. 20. L. 34. pr. D. 35. 1.
671) Gai. Inst. Comm. II. §. 123. 127. vgl. mit pr. §. 1. Inst. II. 13.

Vorschrift deshalb heutzutage keine Anwendung leide, weil Justinian an die jetzt üblichen Zahlzeichen dabei nicht habe denken können. Bei der klaren Bestimmung des Gesetzes muß es für gleichgiltig geachtet werden, welche Zahlzeichen zu der einen oder anderen Zeit üblich sind[672]). Als nothwendig ist die Bestimmung von Erbtheilen nicht in dem Gesetze vorgeschrieben, sondern der Gesetzgeber geht von der Voraussetzung aus, daß der Testator seine Kinder auf Quoten einsetzt; er sagt also nur: wenn der Testator Erbtheile bestimmt, so soll er diese buchstäblich ausdrücken[673]). In Verbindung mit diesem Erfordernisse steht die unmittelbar darauf folgende Bestimmung der Novelle 107, cap. 1, daß auch eine etwaige Theilung besonderer Vermögensgegenstände oder die Einsetzung auf bestimmte Sachen vom Testator eigenhändig und so bestimmt ausgedrückt werden soll, daß keine Zweifel entstehen können. Hiernach kann neben der Einsetzung der Descendenten nicht blos eine besondere Erbtheilung, ohne Zweifel also auch die Anordnung von Prälegaten, verfügt werden, sondern die Einsetzung auch auf bestimmte Sachen erfolgen, welche dann die gewöhnlichen Wirkungen einer heredis institutio in certas res hat. Eine Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Theilen ist also nicht nöthig, wenn dies auch bisweilen behauptet worden ist. Die Willkür des Testators in Ansehung der Bestimmung der Erbtheile ist nur durch das Recht der Kinder als Notherben beschränkt; dieses Recht darf natürlich auch in einem solchen Testamente nicht verletzt werden. Ist aber überhaupt die Erbeinsetzung der Descendenten eine wesentliche Bedingung der Giltigkeit und Wirksamkeit des privilegirten Testamentes der Eltern unter den Kindern?[674]) Man setzt dieses meistens als etwas, was sich von selbst versteht, voraus und beschränkt sich auf die Bemerkung, daß der Testator die Erbtheile der Kinder eigenhändig niederschreiben müsse. Andere bejahen, Andere verneinen die Frage. Die Ersteren gehen davon aus, daß die Erbeinsetzung ein wesentliches Erforderniß eines jeden Testamentes sei; die Letzteren halten sie für unnöthig, weil die Novelle sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben habe und legen der bloßen Nennung der Kinder hier die Wirkung einer Erbeinsetzung bei. Das Gesetz selbst läßt darüber, daß es die Erbeinsetzung als nothwendig betrachte, keinen Zweifel. Denn indem es die eigenhändige Bezeichnung der Erbquoten, in welche der Testator die Kinder zu Erben einsetzt, mit Buchstaben verlangt, setzt es in den Worten: *τοὺς οὐγκιασμούς, εἰς οὓς γράφει κληρονόμους αὐτούς,*

---

672) Vgl. darüber sowie über die ganze Streitfrage Köchy, Meditationen über interessante Gegenstände des Civilrechts Bd. 1, Nr. X. Euler l. c. §. 45—48. Fritz a. a. O. §. 30. Müller l. c. §. 18. Mühlenbruch a. a. O. S. 197 flg.

673) Fritz a. a. O. §. 30 zu Anfang, S. 94. Mühlenbruch a. a. O. S. 198.

674) Vgl. darüber Euler l. c. § 64. Mühlenbruch a. a. O. S. 200 flg. Sintenis, Civilrecht §. 170, N. 18, Bd. 3, S. 392.

überhaupt die Erbeinsetzung als sich von selbst verstehend und nothwendig voraus. Abgesehen davon sprechen schon allgemeine Gründe für die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung, namentlich aber auch das Notherbenrecht der Kinder. Es kann, wenn es an diesem Erfordernisse mangelt, die Verfügung auch nicht durch Beifügung der Codicillarclausel die Kraft eines eigentlichen Testamentes erhalten, da Notherbenrechte kein Gegenstand der Verfügung in Codicillen sein können. Eine andere Frage ist, ob sie nicht dann wenigstens als divisio parentum inter liberos bestehen könne, vorausgesetzt, daß sie nicht nur die dafür vorgeschriebene Form habe, sondern auch ihrem Inhalte nach als solche bestehen könne. Sie wird von Manchen bejaht, von Anderen verneint[675]). Nach der obigen geschichtlichen Erörterung gelangt man nothwendig zu dem Resultate, die Frage zu bejahen. Daß ein eigentliches Testament beabsichtigt wurde oder daß die Verfügung ihrem materiellen Inhalte nach eine Verletzung der Notherbenrechte enthält, steht ihrer Aufrechterhaltung als bloßer Erbtheilung an sich nicht entgegen; es darf nur dieses Resultat nicht etwa durch die Erklärung des Erblassers geradezu ausgeschlossen sein. b) Was die **Wirkung** einer solchen Verfügung betrifft, bei welcher die obigen Erfordernisse beobachtet worden sind, so dreht sich alles um die Frage, ob die privilegirte Disposition als ein wahres Testament oder als bloße Disposition unter den Intestaterben, als Intestatcodicill, gelte? Bei Annahme des ersteren haben die eingesetzten Kinder die Eigenschaft eigentlicher directer Testamentserben und es muß dann auch dem Testator das Recht der Enterbung einzelner Descendenten in einem solchen Testamente sowie der Ernennung von Tutoren für seine Kinder kraft seiner väterlichen Gewalt eingeräumt werden[676]). Von jeher ist die herrschende Meinung dafür gewesen, daß eine solche Verfügung als wahres Testament zu betrachten sei. Sie ist auch die richtige, ungeachtet auch die entgegengesetzte Ansicht scharfsinnige Vertheidiger gefunden hat[677]). Nach letzterer Ansicht sind sämmtliche zur Intestaterbfolge berufene Descendenten die eigentlichen Erben, die zu Erben eingesetzten nur Fideicommißnehmer; die in einer solchen Verfügung ausgesprochene Enterbung ist ohne Bedeutung, da sie mit der hier vorausgesetzten Intestatsuccession aller gesetzlichen Erben im Widerspruche stehen würde, und ebensowenig kommt eine in der Verfügung liegende Verletzung des Pflichttheiles weiter in Betracht, als daß dem Verletzten sein Pflichttheil zu gewähren ist. Mit einer bloßen divisio parentum inter liberos soll aber dennoch eine solche Verfügung nicht verwechselt werden dürfen, da letztere eine Bestimmung der Erbtheile, welche ein Jeder aus der Erbschaft erhalten solle, enthalte, die erstere

675) Bejaht wird sie von **Mühlenbruch** a. a. O. S. 202; **verneint** von **Sintenis** a. a. O. S. 392.

676) Vgl. über die Streitfrage **Mühlenbruch** a. a. O. S. 203 flg.

677) Unter den älteren Juristen **Faber**, Error. Pragmat. Dec. XXXV. err. 3. Dec. XXXVI. err. 5., unter den neueren **Fritz** a. a. O. §. 19, 20, 33—36.

aber eine bloße Vertheilung der Vermögensgegenstände. Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich darauf, daß Justinian's Gesetzgebung über die Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern sich dem früheren Rechte über diesen Gegenstand ganz genau anschließe und daher, als correctorisches Recht, streng ausgelegt werden müsse; nirgends aber sage der Kaiser, daß die seiner Vorschrift gemäß eingerichtete Verfügung die Bedeutung eines wahren Testamentes haben solle; es gehe vielmehr aus der Vorrede zur Novelle 107 hervor, daß er blos die Bedingungen ihrer Erhaltung genauer reguliren wollte; seine gesetzliche Bestimmung sei also zunächst aus dem Gesichtspunkte einer Einschränkung des für Eltern bisher geltenden Rechtes zu betrachten. Sowenig die Anschließung Justinian's an das frühere Recht zu verkennen ist, ebensowenig darf verkannt werden, daß er über Ungewißheit und Zweifel, wozu das frühere Recht Veranlassung gegeben habe, klagt und besonders, daß er in Novelle 18, Cap. 7 sehr bestimmt verordnet, die Erbtheilung solle entweder im Testamente oder auf die von ihm bestimmte Art erfolgen, in der Novelle 107 aber zweimal der Erbtheilung Erwähnung thut, einmal im Cap. 1, wo er die Erfordernisse einer solchen elterlichen Verfügung, welche nicht bloße Erbtheilung sein soll, bestimmt, und dann im Cap. 3, worin von der bloßen Erbtheilung gehandelt wird. Da dieser Zusammenhang der neuesten Vorschrift Justinian's über die elterlichen Verfügungen mit seiner früheren nicht zu verkennen ist und da er in der Novelle 18, Cap. 7 ohne Zweifel bei dem Ausdrucke Testament den Gegensatz zwischen eigentlichen Testamenten und bloßen Erbtheilungen vor Augen hatte, so ist man anzunehmen berechtigt, daß er auch in der neuesten Bestimmung davon nicht habe abweichen wollen. Sein Gedankengang ist also folgender: Erbtheilungen können entweder in einem Testamente oder in einer besonderen Scriptur erfolgen. Zuvörderst sind also die Bedingungen festzusetzen, unter welchen eine elterliche Verfügung als Testament gelten kann, dann aber die besonderen Erfordernisse bloßer Erbtheilungen. Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen aber noch außerdem folgende Gründe. Der erste Grund ist, daß der Kaiser in Novelle 107, Cap. 1 von Erbeinsetzungen spricht, und selbst die Gegner die Einsetzung der pflichttheilsberechtigten Descendenten für eine nothwendige Bedingung der Giltigkeit des sog. testamentum imperfectum erklären. Erbeinsetzungen können aber nur in einem eigentlichen Testamente erfolgen und gerade sie bilden den wesentlichen Inhalt des Testamentes; ein letzter Wille, welcher eine Erbeinsetzung enthält, ist ja gerade ein Testament und unterscheidet sich dadurch vom Codicill. Der zweite Grund ist, daß in dem testamentum parentum inter liberos auch Vermächtnisse zu Gunsten dritter Personen angeordnet werden können, zwar unter Zuziehung von Zeugen, aber doch ohne Beobachtung aller Erfordernisse sonstiger Codicillarverfügungen. Auch hieraus ergiebt sich, daß Justinian die vorschriftsmäßig eingerichtete Verfügung als wahres Testament betrachtete, indem sonst die Ein=

mischung dritter Personen ohne Beobachtung der für Zuwendung von Vermächtnissen erforderlichen Form schlechthin für unzulässig hätte erklärt werden müssen, wie dies ja auch Theodosius II. ausdrücklich bestimmt hatte[678]). Der dritte Grund ist, daß nach der Novelle 107, Cap. 2 eine solche elterliche Verfügung nur durch ein folgendes förmliches Testament aufgehoben werden kann. Es läßt sich daher allerdings sagen, daß in Ansehung der Kraft, ein früheres Testament aufzuheben, ein testamentum parentum inter liberos der gewöhnlichen Wirkung entbehre. Es ist aber deshalb noch nicht der Schluß gerechtfertigt, daß es überhaupt kein eigentliches oder vollgiltiges Testament sei. Vielmehr wird die gewöhnliche Ansicht dadurch noch mehr bestärkt, indem Codicillarverfügungen aller Art durch ein neues Codicill, ja durch bloßen Widerruf würden aufgehoben werden können[679]). Zu diesen Gründen kommt auch noch hinzu, daß Novelle 107, Cap. 1 selbst sagt: *λεγόμενά τε παρὰ τῶν διατιθεμένων*, also von solchen spricht, welche ein Testament errichten, und daß die bald nach Justinian auftretenden Novellenepitomatoren Athanasius und Theodorus eine solche elterliche Verfügung immer *διαθήκη*, testamentum, nennen[680]), was als ziemlich gleichzeitiges Zeugniß für die damalige Auffassung nicht unwichtig ist. Es ist hiernach die Verfügung, deren Erfordernisse die Nov. 107, Cap. 1 bestimmt, für ein eigentliches Testament zu halten[681]). Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß auch fideicommissarische Anordnungen für Descendenten darin getroffen werden können; es wird aber allemal dazu erfordert, daß sämmtliche (nicht gehörig ausgeschlossene) pflichttheilsberechtigte Descendenten eingesetzt werden, welchenfalls dann einzelne derselben zum besten anderer mit einem Fideicommiß belastet werden können, insoweit dasselbe das Notherbenrecht überhaupt zuläßt. Dennoch wird selbst unter denjenigen, welche das sog. testamentum parentum inter liberos für ein eigentliches und wahres Testament halten, gestritten, ob ein Vater seinen Kindern in einem solchen Testamente Tutoren ernennen dürfe, besonders aber, ob darin Enterbungen zulässig seien[682]). Gegen die erstere Befugniß wird hauptsächlich angeführt, daß die Ernennung von Tutoren blos in einem vollständigen Testamente oder in bestätigten Codicillen zulässig sei; das sog. testamentum parentum inter liberos sei aber weder das eine noch das andere; außerdem sei

678) L. 21. §. 3. C. VI. 23.

679) Pr. Inst. II. 21. L. 27. C. VI. 42.

680) Athanasius, Novell. Iustin. Tit. IX. const. 8. (Heimbach iun. Anecd. p. 103.) Theodorus, Breviar. Novell. Nov. 107. (Zachariae, Anecd. p. 103.)

681) Die hauptsächlichsten Vertheidiger dieser Ansicht sind Vinnius, sel. iur. quest. Lib. II. cap. 17. Frankenfeld l. c. §. 16. Bülow a. a. O. S. 189 flg. Euler l. c. §. 12—15. Müller l. c. §. 9. Mühlenbruch a. a. O. S. 203—208. Sintenis a. a. O. S. 393.

682) Vgl. über diese Streitfragen Mühlenbruch a. a. O. S. 208—211.

die Ernennung eines Tutor eine sich auch auf den Tutor selbst beziehende Anordnung, mithin jedenfalls dasjenige zu beobachten, was das Gesetz für den Fall der Einmischung einer dritten Person verlange. Allein zur Ernennung eines Tutor wird nicht gerade ein unter den gewöhnlichen Feierlichkeiten errichtetes Testament verlangt, sondern nur ein vollgiltiges oder zu Recht beständiges, was das Soldatentestament beweist, worin Ernennungen von Tutoren ebensowohl zulässig sind wie in einem feierlichen Testamente[683]). Nach dem vorher Bemerkten ist aber das testamentum parentum inter liberos ein eigentliches Testament; mithin müssen alle Anordnungen in demselben getroffen werden können, welche in jedem anderen Testamente zulässig sind, wenn nicht besondere Einschränkungen erweislich sind, wie sie das Gesetz selbst allerdings für den Fall der Honorirung einer Person enthält, welche nicht zu den Descendenten gehört; es passen aber diese Einschränkungen nicht für die Ernennung von Tutoren, welche vielmehr eine Verfügung zum besten der Kinder selbst ist[684]). Noch mehr wird die Zulässigkeit von Enterbungen in dem testamentum parentum inter liberos bestritten[685]). Man führt dagegen an, daß Enterbungen nicht zu begünstigen und singuläre Rechtsbestimmungen überdies streng auszulegen seien. Das Gesetz spreche aber nur von Einsetzung der Kinder und nicht von Enterbungen; es müsse mithin bei der Regel bleiben, nach welcher eine Enterbung nur in einem förmlichen Testamente stattfinden dürfe. Zuvörderst ist zu bemerken, daß Novelle 115, Cap. 3 nur von einer *διαθήκη τῶν γονέων*, von einem testamentum parentum, spricht, in welchem die Enterbung erfolgen müsse, ohne sich darüber zu erklären, ob dieses Testament ein mit den gewöhnlichen Solennitäten versehenes sein müsse oder nicht. Diese ein Jahr spätere Novelle (sie ist von 542) entscheidet also über diese Frage nichts. Die Novelle 107 spricht aber nicht blos von der Möglichkeit der Einsetzung der Kinder, sondern bestimmt, was von den Eltern zu beobachten sei, wenn sie ohne die gewöhnlichen Förmlichkeiten eine letztwillige Verfügung unter ihren Kindern errichten wollen. Dazu gehört unter anderen auch die Einsetzung der Kinder; wenn diese aber erfolgt ist, so ist die Verfügung ein Testament und es ist, in Ermangelung besonderer gesetzlicher Einschränkungen, für dessen Wirkung der Umstand unerheblich, daß es ein privilegirtes oder nicht schon nach gemeinrechtlichen Erfordernissen giltiges Testament ist. Hiernach muß denn die Zulässigkeit von Enterbungen in einem solchen Testamente behauptet werden. Ein einziges Kind kann natürlich in

---

683) Vgl. L. 28. L. 41. §. 2. D. 29. 1. Der Grund, warum in diesen Stellen die tutoris datio für unwirksam erklärt wird, liegt darin, daß der Descendent, welchem der Soldat einen tutor ernannte, nicht in seiner Gewalt stand.

684) Euler l. c. §. 70. Mühlenbruch a. a. O. S. 200.

685) Zahlreiche Schriften für und wider führt an Euler l. c. §. 68. not. 1.

einem solchen Testamente nicht enterbt werden, da zu dessen Rechtsbestand jedenfalls gehört, daß wenigstens Ein Kind eingesetzt werde. Auch Substitutionen können in dem privilegirten Testamente angeordnet werden, vorausgesetzt, daß nur solche Personen substituirt werden, auf welche sich das Privilegium bezieht, also Descendenten[686]). Dritte Personen können ebensowenig direct substituirt als zu Erben eingesetzt werden. Vermächtnisse aller Art können aber auch für solche Personen, welche nicht zu den Descendenten gehören, angeordnet werden; nur bedarf es dabei der Zuziehung von Zeugen. Das Gesetz lautet aber hier sehr unbestimmt und es ist daher viel Streit darüber unter den Juristen[687]). Buchstäblich übersetzt lautet die hierher gehörige Stelle der Novelle 107, Cap. 1 also: Wenn jedoch der Testator seiner Ehefrau oder dritten Personen Legate oder Fideicommisse — hinterlassen will, so soll auch dieses, wenn es eigenhändig geschrieben und von den Testirenden vor Zeugen ausgesprochen ist, daß sie alles, was in der Verfügung enthalten ist, selbst geschrieben haben und wollen, daß es gelte, kräftig sein und darum das Niedergeschriebene nicht weniger gelten, daß es der übrigen Testamentsfeierlichkeiten entbehrt, sondern es soll nur darin sich unterscheiden, daß die rechte Hand und die Sprache des Testators alle Wirkung hier der Niederschrift verleiht; d. h. die eigenhändige Niederschrift des Testators und die Erklärung vor den Zeugen soll allein schon der Verfügung zu Gunsten dritter Personen Wirksamkeit verleihen. In der aus der Novelle gezogenen Authentike wird der Zeugen überall keiner Erwähnung gethan, sondern nach der Fassung derselben genügt die eigenhändige Schrift des Testators auch zur Anordnung solcher Vermächtnisse[688]). Auch von neueren Juristen wird die Vorschrift bisweilen so verstanden, daß es genüge, wenn die Vermächtnisse entweder eigenhändig geschrieben oder durch die Erklärung vor Zeugen angeordnet werden[689]). Dafür wird angeführt, daß, wenngleich Novelle 107, Cap. 1 beides zugleich zu erfordern scheine, der Gesetzgeber doch hier die von ihm wenige Jahre vorher, im Jahre 531, erlassene Verordnung vor Augen gehabt habe, nach welcher, außer den übrigen Erfordernissen feierlicher Testamente, noch die eigenhändige Bezeichnung des eingesetzten Erben oder dessen Benennung vor den zugezogenen Zeugen vorgeschrieben war[690]), und daß, sowie hier nur eins von beiden Erfordernissen vorgeschrieben ist, auch jene Stelle der Novelle auf gleiche Weise verstanden werden müsse. Allein auf diese frühere Verordnung

686) Frankenfeld l. c. §. 21. fin. Fritz a. a. O. S. 62. Müller l. c. §. 22. Mühlenbruch a. a. O. S. 211.

687) Die verschiedenen Meinungen sind aufgeführt und beurtheilt bei Müller, observat. ad Leyser, med. ad Pand. obs. 568. Köchy, Meditationen Nr. XII. Euler l. c. §. 57—62.

688) Auth. Quod sine subscriptione ad L. 21. C. de testam. (VI. 23.)

689) Dieser Meinung ist z. B. Bülow a. a. O. S. 191.

690) L. 29. C. VI. 23.

darf man hier nicht zurückgehen, um die Novelle aus ihr zu interpretiren. Die Novelle verlangt ausdrücklich beides, eigenhändige Niederschrift und Erklärung vor Zeugen und auch die Schlußworte des cap. 1 deuten unzweideutig auf die Nothwendigkeit beider Erfordernisse hin. In diesem Sinne haben auch die Novellenepitomatoren Athanasius und Theodorus die fragliche Stelle aufgefaßt und in ihrem Auszuge so wiedergegeben[691]). Muß es also bei dem Buchstaben des Gesetzes bewenden, so fragt es sich nur noch nach der Zahl der erforderlichen Zeugen[692]). Das Gesetz spricht von Zeugen im Plural, ohne die Zahl näher zu bestimmen. Ein einziger Zeuge kann also offenbar nicht genügen. Der Streit ist meistens darüber, ob zwei Zeugen hinreichen oder mehrere, nämlich fünf oder sieben, zuzuziehen seien. Bejaht man ersteres, so ist consequenter Weise bei den Zeugen auch blos die Eigenschaft bloßer Beweiszeugen genügend, weil es nur auf die Gewißheit des Willens ankommt[693]). Dagegen verlangen Andere mehr Zeugen, weil eine gesetzliche Bestimmung im Zweifel stets nach der Natur des Institutes, worauf sie sich bezieht, zu erklären sei, das römische Recht aber zu Testamenten stets mehr Zeugen erfordere[694]), und weichen nur darin ab, daß Einige sieben Zeugen verlangen, weil die fragliche Verfügung ein Testament, kein Codicill sei, Andere hingegen fünf Zeugen, wie sie bei Codicillarverfügungen überhaupt erforderlich sind, für genügend erklären[695]). Wir müssen uns für die Meinung erklären, daß blos zwei Zeugen erforderlich sind. Die für Vermächtnisse an dritte Personen bestimmten Formalitäten sind die eigenhändige Niederschrift und die Erklärung vor Zeugen. Die Schlußworte des Cap. 1 der Novelle 107: *ἀλλὰ τούτῳ μόνον διαλλαττέτω, τῷ τὴν αὐτοῦ δεξιάντε καὶ γλῶτταν ἔχειν τὴν πᾶσαν ἰσχὺν τῷ χάρτῃ παρεχομένην*, scheinen bei der Entscheidung dieser Frage nicht genug beachtet worden zu sein. Sie sagen ausdrücklich, daß es der anderen Testamentssolennitäten nicht bedürfe, sondern die rechte Hand (des Testators, womit er schreibt) und die Sprache (die Erklärung vor Zeugen) der Niederschrift alle Kraft verleihe. Es ist hierin unzweideutig ausgesprochen, daß die Gewißheit des Willens des Testirers genüge, und wenn hier außer der eigenhändigen Niederschrift auch die Erklärung vor Zeugen verlangt wird, so liegt eben in dieser vermehrten

691) Vgl. die Citate in N. 680.

692) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 213—215.

693) Von Neueren sind dieser Ansicht Hagemeister, de legatis extraneo in testamento parentum inter liberos relictis. Gryphiswald. 1801. Bülow a. a. O. S. 192. Müller l. c. §. 20.

694) Wernher, select. commentat. Lib. XXIX. Tit. 1. p. 701. Fritz a. a. O. S. 68.

695) Letztere Ansicht hat die meisten Vertheidiger gefunden, unter den Neueren besonders Frankenfeld l. c. §. 22. Euler l. c. §. 62. Roßhirt, testamentar. Erbrecht §. 87, S. 487 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 215, welcher auch noch andere Juristen dafür anführt (Anm. 44). Sintenis a. a. O. S. 393.

Förmlichkeit der Unterschied der Anordnung von Vermächtnissen zu Gunsten dritter Personen, von dem die Kinder allein betreffenden Inhalte der Verfügung, wo blos eigenhändige Niederschrift ohne Zuziehung von Zeugen genügt. Zur Gewißheit des Willens des Testirers genügen aber schon zwei Zeugen. c) Die Aufhebung eines privilegirten testamentum parentum inter liberos kann nur dadurch erfolgen, daß der Testator seine Absicht, seinen Willen zu ändern, vor sieben Zeugen erklärt und demnächst ein neues vollständiges oder feierliches Testament errichtet[696]). Gleichviel ist es nach den Schlußworten der betreffenden Stelle, ob das neue Testament ein schriftliches oder mündliches ist. Die Erwähnung der sieben Zeugen ist offenbar nur durch die folgende Bestimmung, daß die Abänderung in einem vollständigen Testamente geschehen solle, veranlaßt. Gewöhnlich sagt man nur, die Aufhebung könne blos durch ein späteres feierliches Testament erfolgen; auch wird wohl geradezu ein ausdrücklicher Widerruf für unnöthig erachtet, obwohl auch diesem widersprochen worden ist. In der Praxis hat man die den ausdrücklichen Widerruf betreffende Bestimmung wenig beachtet. Allein dazu, die Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Fall zu beschränken, wenn in der neuen Verfügung dritte Personen zu Erben eingesetzt oder wenigstens mit Vermächtnissen bedacht werden[697]), fehlt es an genügenden Gründen. Es wird dafür angeführt erstlich, daß der Kaiser ausdrücklich bestimme, wer seinen in dem privilegirten Testamente ausgesprochenen Willen ändern oder aufheben wolle, solle dies in einem förmlichen Testamente thun; zweitens, daß auf dieselbe Art, wie etwas entstehe, es auch wieder müsse aufgehoben werden können. Gegen den ersten Grund ist zu erinnern, daß eine Abänderung der früheren Verfügung recht wohl möglich ist, auch ohne daß dritte Personen bedacht werden; gegen den zweiten Grund, daß hier der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen ist, obwohl man sonst die Richtigkeit der Regel zugeben kann. Streng genommen würde selbst der durch ein neues öffentliches Testament erfolgte Widerruf des früheren für genügend nicht erachtet werden können, da der Gesetzgeber ohne Zweifel bei dem neuen Testamente an ein vor sieben Zeugen errichtetes Privattestament gedacht hat. Indessen ist heutzutage als feststehend anzunehmen, daß ein öffentliches Testament in dieser Beziehung nicht weniger Wirkung habe als ein Privattestament[698]). Daß ein feierliches Testament durch ein privilegirtes aufgehoben werden könne, ist nach römischem Rechte wohl keinem Zweifel unterworfen. Anders aber wird die Bestimmung der Notariatsordnung erklärt und diese ist, da sie auf mehrere bisher be-

---

696) Nov. 107. cap. 2.

697) Dies thut Bülow in seinen und Hagemann's Erörterungen Bd. 3, Nr. XVIII und andere bei Mühlenbruch a. a. O. S. 217, N. 49 angeführte Schriftsteller.

698) Mühlenbruch a. a. O. S. 216—219.

sprochene Punkte Einfluß hat, genauer in Betracht zu ziehen[699]). Nachdem im Eingange des Titels der Notariatsordnung von Testamenten die Notarien belehrt worden sind, daß es nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen (d. h. nach dem römischen Rechte) zweierlei Testamente gebe, mündliche und schriftliche, werden die Erfordernisse beider aufgezählt, und es wird namentlich in §. 2 erwähnt, daß zu einem Testamente sieben Zeugen nöthig seien. Dann wird hinzugefügt: Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird — —, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf Zween. Das Verhältniß dieser Vorschrift zu dem römischen Rechte ist sehr bestritten. Kaum bezweifelt wird, daß unter Kindern auch hier alle zur Intestaterbfolge gerufenen Descendenten verstanden werden müssen. Desto mehr wird über die Bedeutung der Vorschrift, daß zu einem solchen Testamente zwei Zeugen genügen, gestritten. Die Ansichten darüber sind sehr verschieden. Nach der einen ist außer den von Justinian vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu einem privilegirten Testamente der Eltern nach der Notariatsordnung die Zuziehung von zwei Zeugen nöthig; ein mündliches privilegirtes Testament ist mithin auch nach diesem Gesetze nicht möglich[700]). Nach einer zweiten Ansicht ist ein mündliches Testament vor zwei Zeugen zulässig, aber zu einem schriftlichen außer der Beobachtung der römischen Vorschriften die Zuziehung zweier Zeugen erforderlich[701]). Eine dritte Meinung hält zu einem Testamente der Eltern unter den Kindern, es sei mündlich oder schriftlich, zwei Zeugen, ohne Beobachtung weiterer Förmlichkeiten, für genügend[702]). Eine vierte mögliche Ansicht geht dahin, daß die Notariatsordnung den Eltern gestatte, schriftlich und mündlich vor zwei Zeugen zu testiren, ohne das besondere Recht der Novelle 107 aufzuheben, so daß sie, wenn sie schriftlich testiren wollen, also die Wahl haben, dies auf die gewöhnliche Art zu thun, wobei aber zwei Zeugen genügen, oder nach den Vorschriften der Novelle 107, Cap. 1[703]). Nach einer fünften Ansicht hat die Notariatsordnung überall nichts neues bestimmt, sondern ihre Vorschrift bezieht sich nur auf die am Schlusse des Cap. 1 der gedachten Novelle erwähnte Einmischung dritter Personen, so daß hiernach verordnet ist, daß, sofern überall Zeugen bei diesem Testamente nöthig sind, zwei hinreichen — wodurch im Grunde nur eine in der Novelle schon enthaltene Vorschrift wiederholt werde[704]).

---

699) Mühlenbruch a. a. O. S. 219—231 führt die verschiedenen Ansichten an und beurtheilt sie, weshalb man darauf verweist.

700) Schroeder l. c. p. 26.

701) Müller l. c. §. 27.

702) Fritz a. a. O. §. 40.

703) Auch diese Ansicht führt Fritz a. a. O. §. 41 als möglich an, verwirft sie aber.

704) Bülow, Abhandl. Bd. 1, S. 200 flg.

Die sechste Ansicht, welche als die gemeine anzusehen ist und als solche selbst von den Vertheidigern anderer Meinungen anerkannt wird, geht dahin, daß die Notariatsordnung ein neues Testamentsprivilegium, nämlich die Befugniß der Eltern, mündlich vor zwei Zeugen zu testiren, eingeführt, in Ansehung des schriftlichen privilegirten Testamentes der Eltern aber das römische Recht nicht geändert habe[705]. Für diese Ansicht, der auch wir beitreten, spricht Folgendes. Es ist erstlich nicht anzunehmen, daß ein blos correctorisches Gesetz eine Vorschrift des früheren stillschweigend aufhebe, wenn dies nicht mit logischer Nothwendigkeit aus dem sonstigen Inhalte und dem Zwecke desselben folgt; zweitens beabsichtigte Kaiser Maximilian eine Erleichterung für testirende Eltern einzuführen; es ist aber drittens durchaus unwahrscheinlich, daß er zwei verschiedene Formen für schriftliche privilegirte Testamente der Eltern habe anerkennen wollen. Hieraus ergiebt sich, daß das Gesetz auf schriftliche Testamente nicht bezogen werden kann; es bleibt mithin nur dessen Anwendung auf mündliche übrig. Dieses Ergebniß erhält auch noch dadurch Unterstützung, daß in §. 7 des Titels der Notariatsordnung von Testamenten von schriftlichen Testamenten gesagt wird, daß solche nicht mehr in großer Uebung seien, woraus jedenfalls hervorgeht, daß der Kaiser bei seiner Vorschrift auch die mündlichen Testamente im Auge hatte[706]. Die von manchen Anhängern der gemeinen Meinung aufgestellte Behauptung, daß die beiden Zeugen blos Beweiszeugen, keine Solennitätszeugen seien[707], verdient keine Billigung. Denn nachdem das Gesetz unter Hinweisung auf das römische Recht die Erfordernisse eines zu Recht beständigen Testamentes und so namentlich auch die Anzahl der Zeugen bestimmt hat, auch erwähnt, daß regelmäßig nach kaiserlichen Rechten zu einem giltigen Testamente sieben Zeugen, worunter unbestritten Solennitätszeugen zu verstehen sind, gehören, wird bei Testamenten der Eltern unter den Kindern die Zahl der Zeugen nachgelassen bis auf zwei Zeugen; also nur die Zahl ist gemindert, während der Eigenschaften der Zeugen das Gesetz überall nicht dabei gedenkt, diese mithin die bei Testamentszeugen überhaupt erforderlichen sind[708]. Daß ein Blinder nach römischem Rechte nicht ein privilegirtes elterliches Testament errichten könne, weil er nicht schreiben kann, mithin den Bedingungen desselben nicht zu genügen im Stande ist, war bereits früher bemerkt worden. Seitdem aber feststeht, daß das privilegirte Testament auch mündlich errichtet werden kann, muß dies auch Blinden und Schreibunkundigen möglich sein[709]. Es

---

705) So erklären sich Euler l. c. §. 53. Mühlenbruch a. a. O. S. 224. Sintenis a. a. O. N. 21, S. 393 flg. und die meisten Lehrbücher.

706) Dies ist die Ausführung von Mühlenbruch a. a. O. S. 224 flg.

707) S. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 226, N. 63.

708) Mühlenbruch a. a. O. S. 226.

709) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 227 flg.

wird dies zwar in Ansehung Blinder von Manchen bestritten[710]). Allein wenn auch die Notariatsordnung Tit. 2, §. 11 bestimmt, daß die in dem §. 9 beschriebenen Erfordernisse, also die Zuziehung von acht Zeugen, nicht blos in dem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinem Codicill und „anderen seinen letzten Willen" zu beobachten seien, so kann doch, daß der Gesetzgeber durch die letzten Worte die privilegirten Testamente im Gegensatze der gewöhnlichen habe bezeichnen wollen, umsoweniger angenommen werden, als ja ein privilegirtes Testament ebensowohl ein Testament ist als jedes andere, und man kann in jenen Worten wohl eine Hinweisung auf die Schenkungen Todes halber erblicken. Dem aus dem allgemeinen Ausdrucke des Gesetzes hergenommenen Grunde läßt sich entgegensetzen, daß ja auch die Stelle, welche den Eltern das Recht ertheilt, vor zwei Zeugen zu testiren, allgemein spricht und nicht zwischen sehenden und blinden Eltern unterscheidet. Für die Anwendung dieser Bestimmung läßt sich auch noch der Grundsatz geltend machen, daß das specielle Gesetz dem generellen vorgehe. Alle Vorschriften über privilegirte Testamente gehören aber zu den speciellen Gesetzen, welche bei einer Collision mit den Vorschriften über die regelmäßig zu beobachtende Testamentsform diesen vorgehen. Sonst müßte auch angenommen werden, daß nach §. 8 der Notariatsordnung, worin ebenfalls ganz allgemein und ohne daß Rücksicht auf die privilegirten Testamente genommen wird, die Erfordernisse eines mündlichen Testamentes (Willenserklärung des Testators vor sieben Zeugen) bestimmt werden, jedes mündliche Testament ohne Unterschied vor sieben Zeugen zu errichten sei. Auch hat die Nothwendigkeit des achten Zeugen bei dem Testamente eines Blinden keineswegs darin ihren Grund, daß man die Bewahrheitung des letzten Willens des Testators nicht anders als durch acht Zeugen für möglich hielt, sondern darin, daß man außer den bei gewöhnlichen Testamenten schon nöthigen sieben Zeugen die Zuziehung noch einer besonderen Person für angemessen achtete, welche für den Testator diejenigen Handlungen vornehme, welche dieser seiner Blindheit wegen zu verrichten außer Stande ist. Hätten zwei Zeugen regelmäßig genügt, so hätte man ohne Zweifel bei dem Testamente eines Blinden nur noch einen Dritten (Notar oder Zeugen) erfordert, um das zu verrichten, was jetzt dem achten Zeugen obliegt. Aus dem römischen Rechte ist eine Argumentation gegen diese Ausführung nicht zu entnehmen, da dasselbe nur das schriftliche Testament der Eltern unter den Kindern kennt, mithin die Frage, ob ein Blinder in der in der Novelle 107, Cap. 1 geordneten Weise testiren könne, gar nicht aufgeworfen werden konnte, da derselbe die Bedingungen des schriftlichen elterlichen Testamentes zu erfüllen gar nicht im Stande ist. Es kann hiernach die Anwendung des Privilegiums auf blinde Eltern nach der Notariatsordnung nicht bezweifelt werden. Weiter darf aber nicht

---

710) Z. B. von Glück selbst Bd. 34, S. 44—46.

gegangen werden. Es sind daher alle Vorschriften, neben welchen das Privilegium wohl bestehen kann, allerdings zu beobachten. Es gehört dahin insbesondre bei dem mündlichen Testamente eines Blinden, daß die von dem Testator ausgesprochene Willenserklärung im Beisein der Zeugen von dem Notar oder in dessen Ermangelung von einem besonderen also dritten Zeugen niedergeschrieben, und nachdem der Aufsatz vorgelesen worden, von den Zeugen, und anstatt des Blinden, von dem Notar oder dessen Stellvertreter unterschrieben und besiegelt werde. Die hier verlangte Zuziehung eines Dritten steht nicht im Widerspruche mit der Anwendung des Privilegiums auf die Testamente blinder Eltern, sondern enthält nur eine consequente Anwendung des Principes, daß die allgemeinen Vorschriften auch auf die privilegirten Testamente Anwendung leiden, sofern neben denselben das Privilegium bestehen kann[711]). Die Worte der Notariatsordnung „in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird", werden gewöhnlich so verstanden, die Errichtung eines privilegirten Testamentes der Eltern unter den Kindern sei nur möglich, wenn nicht schon ein anderes Testament vorhanden sei. Allein wenn auch diese Erklärung als dem Wortverstande am besten entsprechend anzuerkennen ist, so ist sie doch nicht zu billigen. Die Notariatsordnung enthält nur einen Unterricht für die Notarien über dasjenige, was sie bei Aufnahme letztwilliger Verfügungen nach den kaiserlichen Rechten, d. h. nach dem römischen Rechte, zu beobachten haben. Abänderungen des römischen Rechtes sind nicht zu vermuthen; sie müssen unzweideutig vorliegen. Nun können aber die fraglichen Worte der Notariatsordnung sehr wohl dadurch erklärt werden, daß sie eine Bezugnahme auf die in der Novelle 107, Cap. 2 getroffene Bestimmung, daß ein früher errichtetes privilegirtes elterliches Testament nur durch ein späteres feierliches, nicht durch ein privilegirtes Testament aufgehoben werden kann, enthält[712]). Man kann daher auch nicht der Meinung beipflichten, daß man sich bei der Ungewißheit über den Sinn dieser Stelle an die Worte halten müsse, und demnach zu dem Resultate gelange, daß durch ein privilegirtes Testament weder ein feierliches noch ein privilegirtes aufgehoben werden könne, mithin ein solches Testament von selbst als ungiltig zerfalle, wenn schon ein anderes vorhanden sei[713]).

3) Divisio parentum inter liberos[714]). Diese ist eine von den Eltern ausgehende vorläufige Erbtheilung, wobei deren Erb-

---

711) Mühlenbruch a. a. O. S. 227—230.

712) Dieser Ansicht ist Bülow, Abhdl. Bd. 1, S. 200 und auch Mühlenbruch a. a. O. S. 231 giebt als möglich zu, daß die Worte der Notariatsordnung diesen Sinn haben können.

713) Dieser hier verworfenen Ansicht sind indessen Euler l. c. §. 74. Fritz a. a. O. §. 44. Müller l. c. §. 28. Mühlenbruch a. a. O. S. 231.

714) Harprecht, de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta. Tubing. 1702. (in Eiusd. Diss. academ. Vol. II. nr. 60.) Wildvogel,

recht von dem Urheber der Verfügung vorausgesetzt wird. Der sehr gewöhnlichen Ansicht, nach welcher sie eine Erbtheilung ist, wobei die Kinder als Intestaterben gedacht werden, kann deshalb nicht beigetreten werden, weil es ebenso gut möglich ist, daß Jemand ein Testament gemacht und in demselben seine Kinder eingesetzt hat, später aber das Vermögen oder einzelne Gegenstände desselben unter die Kinder vertheilt. Allerdings ist das gewöhnlichste, daß dabei Intestaterbrecht vorausgesetzt wird. Mit einer solchen Verfügung ist die Verbindung einer sofortigen realen Theilung, d. h. einer Ueberlassung des Vermögens oder einzelner dazu gehöriger Gegenstände an die Kinder bei Lebzeiten des Disponenten, möglich, und es geschah dies schon bei den Römern[715]). Heutzutage kommt dies sehr häufig vor, namentlich unter dem Bauernstande; dabei pflegen sich die Eltern durch gewisse Vorbehalte, wie Auszug u. s. w. oder Nebenverträge, wie Leibrentencontract und dergl. ihren Unterhalt zu sichern oder sich auch das Recht des Widerrufes vorzubehalten. Die besonderen Wirkungen solcher Theilungen oder Ueberlassungsverträge sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen und gehören namentlich dem teutschen Privatrechte an. Hier sind blos die eventuellen Erbtheilungen oder diejenigen, welche ihre Wirkung erst äußern, wenn die Descendenten, worauf sie sich beziehen, auch wirklich Erben werden, zu betrachten. Die Subjecte sind bereits früher besprochen worden. Auch der Inhalt der hier einschlagenden Gesetzstellen ist bereits früher angegeben worden. Es kommen hier die Form, der Inhalt und die Wirkung dieser Verfügung in Betracht. a) Die Form anlangend, so soll nach Justinian's Bestimmung die Theilung entweder in einem Testamente oder in einem schriftlichen Aufsatze geschehen, welcher die Angabe der zu vertheilenden Gegenstände enthält und entweder von dem Disponenten selbst oder von den Kindern unterschrieben ist[716]). Eigenhändige Bezeichnung der Namen und Sachen sowie die Beifügung des Datums, so wie sie bei dem elterlichen Testamente unter den Kindern erfordert werden, sind hier nicht nothwendig. Dagegen ist die Vertheilung in Ermangelung der vorher gedachten Form ungiltig. In anderer Form ist eine solche Verfügung nach römischem Rechte nur dann giltig, wenn die Codicillarform beobachtet worden ist[717]); hingegen auf Grund der Vorschrift der Notariatsordnung über das elterliche Testament kann sie auch giltig vor zwei Zeugen vorgenommen werden. Heutzutage kann übrigens die Vertheilung auch durch einen Vertrag zwischen Eltern und Kindern, welcher die Form eines zu Recht beständigen Erbvertrages hat, geordnet werden, während nach römischem

comm. de divisione parentum inter liberos. Len. 1748. Frankenfeld l. c. §. 9—13. 25. Schroeder l. c. cap. III. Euler l. c. §. 79. sq. Mühlenbruch a. a. O. S. 231—245.

715) L. 2. Th. C. II. 24.

716) Nov. 18. cap. 7. Nov. 107. cap. 3.

717) Mühlenbruch a. a. O. S. 165 flg.

Rechte dies, weil darin eine unwiderrufliche letztwillige Verfügung liegen würde, wegen des Verbotes der Erbverträge nicht möglich ist. Dagegen kann man sich nicht auf das Rescript Kaiser Constantin's berufen, welches eine bei Lebzeiten einer Mutter mit deren Zustimmung von den Kindern vorgenommene Erbtheilung für zulässig erklärt [718]), weil die Mutter, wie die Schlußworte des Rescriptes selbst ergeben, an diese Verfügung nicht unwiderruflich gebunden war. Unrichtig ist es, wenn Manche in den von Justinian vorgeschriebenen Erfordernissen die Form eines Vertrages finden, indem sie die Unterschrift sowohl des Disponenten als der Kinder für nöthig erachten, während doch nach dem Gesetze nur die Unterschrift des einen oder der anderen verlangt wird. b) Den Gegenstand oder Inhalt dieser Verfügung bildet die Vertheilung des ganzen Vermögens oder einzelner Sachen unter den Descendenten; was nicht vertheilt worden ist, fällt an die sämmtlichen mit einander concurrirenden Erben nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge oder nach dem Verhältniß der Erbtheile, zu welchem sie in einem etwaigen Testamente eingesetzt sind [719]). Auch ist die Ueberweisung bestimmter Schulden an die einzelnen Descendenten dadurch möglich, was hinsichtlich der Wirkung ähnlichen Vereinbarungen der Erben unter sich gleichsteht, d. h. die Gläubiger sind daran nicht gebunden, welche vielmehr die sämmtlichen Erben in Anspruch nehmen können; diese selbst aber sind einander verpflichtet, die ihnen überwiesenen oder von ihnen übernommenen Schulden anzuerkennen, mithin auch an die Gläubiger, welche sie auf den Betrag der ganzen Schuld in Anspruch nehmen, zu bezahlen; im Falle der Nichterfüllung dieser Verpflichtung steht den Miterben eine praescriptis verbis actio gegen sie zu [720]). Auch kann die Collation in solchen Verfügungen wenigstens erlassen werden [721]). Gleichheit bei der Theilung braucht nicht beobachtet zu werden; nur darf durch ungleiche Theilung nicht das Pflichttheilsrecht verletzt werden [722]). Die divisio parentum inter liberos kann nicht durch bloße Vertheilung der Erbschaft nach Quoten erfolgen; sie muß vielmehr auf eine Theilung der einzelnen Vermögensgegenstände (der Grundstücke, des baaren Geldes u. s. w.) gerichtet sein. Denn könnte sie auf die erstere Weise geschehen, so würde sich erstens die bloße divisio von dem Testamente der Eltern unter den Kindern nicht unterscheiden lassen, während doch für beide verschiedene Formen gelten. Dazu kommt aber noch zweitens hinzu, daß der Zweck einer solchen elterlichen Theilung nur auf vorläufige Feststellung dessen, was sonst durch eine außergerichtliche oder gerichtliche Erbtheilung bestimmt wird, gerichtet sein kann. Das Erbtheilungsgeschäft geht ja aber

---

718) L. 2. Th. C. II. 24.
719) L. 21. C. III. 36.
720) L. 20. §. 3. L. 33. 39. §. 5. D. 10. 1. Euler l. c. §. 82. fin. §. 83.
721) L. 39. §. 1. D. 10. 2. Nov. 18. cap. 6. Nov. 48. cap. 1.
722) L. 39. §. 1. D. 10. 2. L. 16. 21. C. III. 36. Euler l. c. §. 84.

nicht auf Bestimmung der Erbtheile, sondern auf die Vertheilung der Vermögensgegenstände. Darauf deuten auch die Stellen des vorjustinianeischen Rechtes, welche von der divisio parentum handeln, bestimmt hin; der Disponent greift hier dem officium des Theilungsrichters gewissermaßen vor[723]), und einzelne dieser Stellen gedenken der Vertheilung einzelner Vermögensumstände und Schulden ausdrücklich[724]). Die Justinianeischen Vorschriften weisen aber auch bestimmt auf eine Vertheilung der Vermögensgegenstände als den alleinigen Gegenstand der divisio parentum hin. So spricht Novelle 18, Cap. 7 von einem Verzeichniß der zu vertheilenden Sachen, Novelle 107, Cap. 3 von Vertheilung der Sachen, und im Cap. 1 dieser Novelle wird die Erbeinsetzung nach Erbquoten (ούγκιασμοί) einer Vertheilung der Vermögensgegenstände sowie der Einsetzung auf res certae ausdrücklich entgegengesetzt. So wenig nun die divisio parentum inter liberos eigentliche Erbeinsetzungen enthalten kann, ebensowenig darf sie Enterbungen oder Ausschließung der Notherben aussprechen. Ist dies der Fall, so kann nicht von Erhaltung einer testamentarischen Verfügung als divisio parentum die Rede sein, wenn sie auch eine Vermögensvertheilung enthalten sollte, weil sie eine directe Verletzung der Notherbenrechte enthält. Auch Vermächtnisse können in einer divisio parentum nicht angeordnet werden; es müßte denn hierzu wenigstens die Codicillarform beobachtet sein. Wohl aber kann der Disponent in einer solchen Verfügung die Zutheilung einzelner Gegenstände als Vermächtnisse bezeichnen[725]), wodurch sie aber noch nicht die Eigenschaft wahrer Vermächtnisse erhalten. c) Die Wirkung oder die rechtliche Bedeutung einer solchen elterlichen Erbtheilung ergiebt sich zum großen Theile schon aus dem Vorigen. Es sind nur noch die Folgesätze zusammenzustellen. aa) Da das, was der Disponent nicht vertheilt hat, an sämmtliche Erben vertheilt wird, so findet natürlich ein Anwachsungsrecht hierbei nicht statt. bb) Die den einzelnen Erben zugetheilten Sachen erhalten diese freilich vermöge der Anordnung des Disponenten und insofern keine Gleichheit bei der Theilung beobachtet worden ist, bekommen diejenigen, welchen mehr zugetheilt ist als den Uebrigen, dieses Mehrere als ein praecipuum. Obwohl nun sehr Viele der Meinung sind: divisionem a parente factam instar esse praelegati, so kann man diese Meinung doch nicht für richtig halten, da Prälegate wohl in einem privilegirten Testamente angeordnet werden können, aber nicht in bloßen Erbtheilungsgeschäften. Der Unterschied zwischen einem bloßen Präcipuum und einem eigentlichen Prälegat ist aber praktisch wichtig und es ist dieses wenigstens für Einen Fall auch ausdrücklich anerkannt. Einem Legatar nämlich hat der Erbe in der Regel keine Eviction zu gewähren, also auch der Miterbe dem Präle-

723) L. 20. §. 3. L. 33. D. 10. 2. L. 10. 21. C. III. 36.
724) L. 20. §. 3. L. 39. §. 1. 5. D. 10. 2. L. 10. C. III. 36.
725) L. 33. D. 10. 2.

gatar nicht, wogegen selbst Kinder, zwischen welchen Vater oder Mutter die Erbschaft getheilt haben, der einzelnen Sachen halber einander zur Eviction verpflichtet sind[726]). cc) Wenn nun die Verfügung nach Form und Inhalt als divisio parentum inter liberos zu betrachten ist, so fragt es sich, ob dieselbe deshalb angefochten werden könne, weil sich das eine oder andere Kind darin übergangen oder im Pflichttheile verletzt findet. Wenn nun auch eigentlich Niemand für präterirt gehalten werden kann, wenn die ihn nicht berücksichtigende Verfügung kein Testament ist, so liegt es doch auf der Hand, daß das Kind, welches gar nichts erhalten hat und in der Verfügung nicht erwähnt ist, seinen vollen Intestaterbtheil verlangen darf, auch an den vom Erblasser getheilten Sachen. Dafür spricht die Analogie des abwesenden, bei der Theilung ganz vergessenen Miterben, welcher, der gerichtlichen Theilung ungeachtet, mit der actio familiae erciscundae klagen darf[726a]). Die elterliche Theilung bleibt jedoch insofern in Kraft, als das übergangene Kind keine Naturaltheilung, sondern nur Gewährung seines Erbtheiles in Gelde fordern kann. Eine bloße Verkürzung des Pflichttheiles durch die Zutheilung, welche voraussetzt, daß dem Kinde doch wenigstens etwas zugetheilt worden ist, würde auch, wenn sie in einem eigentlichen Testamente geschehen wäre, nicht zur Anfechtung der Verfügung, sondern nur zur Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles berechtigen; diese Klage ist hier aber nicht die eigentliche actio ad supplendum legitimum, obwohl sie von den Praktikern gewöhnlich so genannt wird, sondern die actio familiae erciscundae[727]). dd) Der Erblasser ist nach römischem Rechte an seine Verfügung überall nicht gebunden; vielmehr steht ihm deren Aufhebung zu jeder Zeit und durch jede Willenserklärung zu. Anders verhält es sich, wenn die Erbtheilung, wie nach teutschem Rechte zulässig ist, durch einen förmlichen Vertrag zwischen Adscendenten und Descendenten errichtet ist, vorausgesetzt, daß der Vertrag auf gesetzlich giltige Weise zu Stande gekommen ist, unter welcher Voraussetzung das Geschäft für alle Theile als ein unwiderrufliches besteht. Die Unterschrift der Kinder unter der elterlichen Theilungsurkunde hat unter ihnen die Bedeutung einer Anerkennung der Theilung; in dem Gesetze heißt es ausdrücklich: die Kinder genehmigen die Theilung, sie bekennen, daß

---

726) L. 77. §. 8. D. 31. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 241 flg., welchem auch Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 233 flg., 239 flg. im wesentlichen beipflichtet und nur dann der gemeinen Meinung gemäß die Existenz wahrer Prälegate annimmt, wenn der Erblasser die Vertheilung im Testamente oder Codicille vorgenommen hat, oder zwar in der von Justinian vorgeschriebenen Form, die jedoch wegen der Unterschrift von fünf Söhnen auch als Codicill gelten kann, und wenn er in diesem Falle ausdrücklich die zu vertheilenden Sachen als Vermächtnisse bezeichnet hat; in diesen Fällen ist aber auch die letztwillige Verfügung keine bloße divisio parentum inter liberos mehr, wie Sintenis a. a. O. §. 170, N. 32, S. 395 ganz richtig bemerkt.

726a) L. 44. §. 2. D. 10. 2. L. 17. C. III. 36.

727) Euler l. c. §. 88. fin. Mühlenbruch a. a. O. S. 243.

sich alles auf gehörige Weise verhalte und das Vertheilungsgeschäft werde dadurch sicher gestellt[728]). Dies kann nur so viel heißen: unter ihnen selbst steht die Sache fest, so daß sie die Vertheilung nicht weiter anfechten können, selbst nicht wegen etwaiger Verkürzung des Pflichttheiles — vorbehältlich des Rechtes der Restitution aus besonderen Gründen. Daß das römische Recht Erbverzichte nicht nur überhaupt verwirft[729]), sondern insbesondre auch solche Verträge, wodurch auf das Notherbenrecht verzichtet wird[730]), steht nicht entgegen, da in der Unterschrift der Theilungsurkunde durch die Kinder überall kein Vertrag liegt.

f) Testamentum ad pias causas[731]). In den ersten Jahrhunderten der christlichen Zeitrechnung war die christliche Kirche ein collegium illicitum und deshalb unfähig, als juristische Person etwas zu erwerben und für einen solchen Erwerb den gerichtlichen Schutz anzurufen. Abgesehen von dem nur partikulären Edicte des Consul Licinius von 313, welches die christliche Kirche anerkannte und ihrem Vermögen den Schutz der Gesetze zusicherte[732]), hat die christliche Kirche erst durch Constantin den Großen in einer Verordnung von 321 juristische Persönlichkeit erhalten und namentlich ist ihr die Erbfähigkeit dadurch zu Theil geworden[733]). Theodosius I. verkürzte diese Begünstigung dadurch, daß er bestimmte, daß die Diaconissinnen ihr Vermögen der Kirche nicht sollten hinterlassen dürfen[634]). Die weiteren Bestimmungen des römischen Rechtes können hier übergangen werden[735]). Das römische Recht enthält in Bezug auf die Form des Testamentes zu Gunsten milder Stiftungen keine besonderen Bestimmungen; ein solches Testament muß ganz in der gewöhnlichen feierlichen Weise errichtet werden; Legate zu milden Zwecken sind nur insofern begünstigt, als, wenn der Erbe unter irgend einem Vorwande

---

728) Nov. 107. cap. 3. Vgl. Nov. 18. cap. 7.

729) L. 16. D. 38. 16. L. 3. C. VI. 20.

730) L. 35. §. 1. C. III. 28.

731) Jenichen, coniecturae de origine testamenti ad pias causas. Lips. 1734. Otto, disp. de testamento ad pias causas, ad cap. 10. X. de probat. Ultraiect. 1735. Vorzüglich sind aber zu bemerken Boehmer, Ius Eccl. Protest. Lib. III. cap. 26. Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 2, S. 338—343. Mühlenbruch Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42, S. 130—151. Lotz, comm. ad cap. 11. X. de testamentis et ultimis voluntatibus. Fuldae 1846. Schulte, über testamenta ad pias causas nach kanonischem Rechte, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. VIII, S. 157—247. Letztere Abhandlung enthält die gründlichsten Forschungen, daher wir ihr folgen.

732) Lactant. de morte persecut. 48.

733) L. 1. C. I. 2. (L. 4. Th. C. XVI. 2.) Die Worte sanctissimo catholico venerabilique concilio sind eine wörtliche Uebersetzung des griechischen ἁγία καὶ καθολικὴ ἐκκλησία.

734) L. 27. Th. C. XVI. 2.: nullam ecclesiam, nullum clericum, nullum pauperem scribat heredem.

735) Sie sind zusammengestellt von Schulte a. a. O. S. 158—162.

ein solches Vermächtniß binnen sechs Monaten von Insinuation des Testamentes nicht entrichtet, der Abzug der Falcidischen Quart wegfällt[736]). Diese Begünstigungen der Verfügungen ad pias causas, obschon sie keine wesentliche Abweichung von den Formen und Solennitäten des römischen Rechtes enthalten, sind doch der Grund gewesen, auf welchem die Kirche durch Conciliensschlüsse und päbstliche Decretalen die wichtigen Privilegien der Testamente und Legate ad pias causas gegründet hat, welche dann die Kanonisten durch die Wissenschaft befestigten und die Praxis geistlicher und weltlicher Gerichte zur allgemeinen Geltung brachte. Bei der Frage nach der Form und den Privilegien der testamenta ad pias causas, welche diesen im kanonischen Rechtsbuche eingeräumt wurden, kommt es hauptsächlich auf die richtige Auslegung des cap. 11. X. de testamentis et ultimis voluntatibus III. 26., einer Decretale Pabst Alexander III., an. Denn aus dieser Stelle wird stets die von der Praxis diesen Testamenten zugestandene Begünstigung abgeleitet und aus eben derselben leiten die Gegner der Praxis ihre abweichende Meinung ab. Die erwähnte Stelle verdankt folgender geschichtlichen Thatsache ihre Entstehung. Es ist dies der bekannte Streit der Glossatoren über die Frage, ob die sieben zur Errichtung eines Privattestamentes nach dem römischen Rechte erforderlichen Zeugen auch zum Beweise desselben nöthig seien oder ob zum Beweise der Giltigkeit desselben zwei Zeugen genügen. Hugo mit seinem Anhange verlangte, daß die sieben bei der Errichtung gegenwärtigen Zeugen auch zum Beweise nöthig seien, nach der Meinung des Bulgarus hingegen sollten zum Beweise zwei Zeugen genügen[737]). Diese Streitfrage bezieht sich nur auf das römische Recht, nicht auf das kanonische. Die Kirche richtete sich bei Beurtheilung der Giltigkeit von Testamenten, in welchen ein Vermächtniß zu frommen Zwecken gemacht war, nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechtes, sondern nach einem allgemeinen Gebrauche, welcher dahin ging, daß die letztwilligen Verfügungen zu frommen Zwecken, selbst bei dem Mangel aller civilrechtlichen Feierlichkeiten, auf jegliche Weise aufrecht erhalten werden sollten. Dieses Gewohnheitsrecht erhellt aus einer Menge von directen Zeugnissen sowohl als aus vielen Thatsachen, welche einen sicheren Schluß darauf zulassen. Indessen kommen doch einzelne Abweichungen vor. Der erwähnte Streit der Glossatoren bewirkte eine verschiedene Praxis der Gerichte. Diese Verschiedenheit trat besonders bei dem mündlichen Privattestamente hervor, zu dessen Beweis man bald fünf oder sieben, bald zwei oder drei Zeugen für nöthig erachtete. Ein Fall in Velletri im Kirchenstaate veranlaßte eine Entscheidung des Pabstes in dieser Sache. Die Richter von Velletri folgten der strengeren Meinung des Hugo und erklärten

736) Nov. 131. cap. 12.

737) Hugolinus, liber de dissensionibus dominorum bei Haenel, Dissensiones Dominorum (Lips. 1834.) §. 275.

jedes Testament für nichtig, zu dessen Beweis keine sieben tauglichen Zeugen producirt werden konnten, ohne Unterschied, ob es zu Gunsten einer pia causa errichtet war oder nicht. Um diese Praxis zu ändern, erließ Pabst Alexander III. im J. 1170 an die Richter zu Velletri die Decretale, welche sich in der Decretalensammlung Gregor IX. als cap. 11. X. III. 26. wiederfindet. Der Pabst tadelt in diesem Briefe das Verfahren dieser Richter soweit dasselbe die Giltigkeit von Testamenten betrifft, welche der Kirche günstige Verfügungen enthalten, und befiehlt, daß ein zu Gunsten der Kirche errichtetes Testament aufrecht erhalten werden solle, wenn es durch zwei oder drei Zeugen erwiesen werden könne. Das Original dieser Decretale ist uns erhalten[738]). Aus den Worten dieser Stelle und der Erzählung des in der letzten Note genannten Borgia geht hervor, daß dieselbe nichts über die Errichtung von Testamenten oder die bei derselben zu beobachtenden Förmlichkeiten zu bestimmen bezweckt, sondern nur von dem Beweise und zwar nur von dem Beweise einer speciellen Art von Testamenten, nämlich eines zu Gunsten einer Kirche errichteten mündlichen Testamentes handelt. Die Entscheidung des Pabstes geht also dahin, daß ein zu Gunsten einer Kirche errichtetes mündliches Testament, sobald es durch zwei oder drei Zeugen bewiesen werden könne, giltig und den für die nach dem römischen Rechte zu beurtheilenden letztwilligen Anordnungen geltenden Regeln nicht unterworfen sein solle, weil solche Fragen nicht nach den menschlichen, d. h. weltlichen Gesetzen (humana lex, leges), sondern nach den göttlichen, d. h. kirchlichen Gesetzen und Gewohnheiten (divina lex, canones, decretorum statuta) zu entscheiden seien. Die ursprüngliche Decretale ist bei ihrer Aufnahme in die Decretalensammlung Gregor IX. verstümmelt, in ihrem Sinne gänzlich verändert, und betrifft in letzterer einen ganz anderen Gegenstand. In der ursprünglichen Decretale wird eine Entscheidung über den Beweis einer einzelnen Art der Testamente, nämlich der mündlichen Testamente, gefällt; in der interpolirten Decretale, wie sie in das Corpus iuris canonici aufgenommen ist (cap. 11. X. III. 26.), werden aber Regeln über den Beweis der testamenta ad pias causas im allgemeinen aufgestellt, wobei es sich von selbst versteht, daß auch ein anderer Beweis zulässig sei, indem die Vorschrift, daß eine bestimmte Zahl von Zeugen genügen solle, diese Zahl nicht unter allen Umständen fordert, auch nicht anderweiten Beweis ausschließt. Die einzelnen Veränderungen im Wortlaute beschränken sich auf Folgendes. Im Original wird bei der Geschichtserzählung der Grund, weshalb die Richter sieben oder fünf Zeugen verlangten, hinzugefügt in den Worten: vos secundum humanam et non divinam legem in ea vultis procedere, im cap. 11 hingegen der bloße Erfolg, daß die Richter keine Entscheidung treffen wollen, wenn nicht die Zahl von sieben oder fünf Zeugen vor-

738) In A. Borgia, Istoria della chiesa e città di Vercelli (Nocera. 1743.) p. 240. Es ist abgedruckt bei Schulte a. a. O. S. 166.

handen sei; dort giebt der Pabst seine Entscheidungsgründe, weshalb er solche Fragen nach der Gewohnheit der Kirche entschieden wissen will, an: quia huiusmodi causae de iudiciis ecclesiae non secundum leges, sed secundum canones debent tractari, et his etc.; im cap. 11 aber wird einfach das Gebot ausgesprochen, wie dort am Schlusse; dort ist bei der Erzählung von dem Verfahren der Richter der Ausdruck: producti fuerint, hier intervenerint gebraucht; endlich ist im cap. 11 der Satz: eam non secundum leges .... tractetis et tribus aut duobus testibus sitis contenti zusammengezogen in den Satz: tractetis, tribus aut duobus testibus requisitis. Die ganze über die Form der testamenta ad pias causas bestehende Streitfrage löst sich in die Frage auf, ob cap. 11. X. III. 26. eine bestimmte Form für diese Testamente vorschreibe oder blos eine Bestimmung für den Fall treffe, wenn das Dasein des Testamentes durch Zeugen zu erweisen sei? Die meisten älteren Kanonisten und Civilisten entscheiden sich für das letztere; die Neueren sind bald dieser Ansicht, bald nehmen sie an, daß der Pabst in der gedachten Stelle eine bestimmte Form der Errichtung eines testamentum ad pias causas vorschreibe[739]). Die Ansicht, daß der Pabst durch die in der Decretale enthaltene Entscheidung den Bestimmungen des römischen Rechtes habe derogiren wollen, ist unrichtig; sie kann weder aus dem Originale noch aus dem cap. 11 begründet werden. Denn mit klaren Worten erklärt der Pabst: die römischen Gesetze sollten nicht auf die testamenta ad pias causas angewendet werden; solche Sachen gehörten nicht vor das weltliche, sondern vor das geistliche Forum, sie seien zu behandeln nicht nach den weltlichen Gesetzen (non secundum leges humanas), sondern nach den Beschlüssen der Concilien (secundum decretorum statuta). Auf diesen Grund stützt sich die Entscheidung in beiden Formen der Decretale. Die canones und decretorum statuta sind die consuetudo ecclesiae. Diese aber wird in beiden Redactionen in den Worten: et his, divina scriptura testante und quoniam scriptum est .... gegründet und bestärkt durch das Zeugniß der heiligen Schrift. So wendet der Pabst jeden Zweifel ab, als könne noch von einer Anwendung der römischen Gesetze die Rede sein. Blos die rein kirchlichen Satzungen sollen hier gelten, außerhalb dem Kreise des römischen Rechtes. In der ursprünglichen Form der Decretale wird nur bestimmt, wie viel Zeugen zum Beweise eines mündlichen Testamentes ad pias causas genügen. Wenn hiernach anfänglich der Pabst eine Entscheidung darüber traf, wie viel Zeugen zum Beweise eines mündlichen Testamentes, was eben nur durch Zeugen bewiesen werden kann, nothwendig seien, und bestimmte, daß drei oder zwei vollen Beweis machen sollten, so

739) Schriftsteller, welche der ersteren Ansicht sind, führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 133, N. 45. Vertheidiger der anderen Ansicht ebd. S. 134, N. 48. Der neueste Vertheidiger der ersteren ist Schulte a. a. O., der der letzteren Lotz, comm. ad cap. 11. X. de testamentis et ultimis voluntatibus. Fuldae 1846.

schreibt cap. 11 allgemein vor, es sollten nur drei oder zwei Zeugen von den Richtern „requirirt" (erfordert) werden, wo es sich um den Beweis eines, gleichviel auf welche Weise errichteten, Testamentes ad piam causam handele. Was aber bei dem mündlichen Testamente eine Nothwendigkeit ist, daß nämlich Zeugen zum Beweise gehören, das findet hier nicht statt, indem eine Menge anderer Beweismittel vorhanden sind. Hiernach werden selbstverständlich im cap. 11 die drei oder zwei Zeugen nicht als eine nothwendige Form des Beweises gefordert, sondern als das Maximum aufgestellt, über welches hinaus der Richter keine Anforderungen an die Parteien machen darf, und Zeugen sind nur da erforderlich, wo es an anderem Beweise mangelt. Der Inhalt eines mündlichen Testamentes wird erst durch die Aussage der Zeugen ersichtlich, welche somit zur Form eines solchen Testamentes gehören. Da diese Beschränkung auf eine bestimmte Art weggefallen ist, so umfaßt das cap. 11 jede Form der Testamente ad piam causam. Für das mündliche Testament ad piam causam wird also im Originale der Decretale die Zahl von zwei Zeugen als genügend zu dessen Beweise aufgestellt; im cap. 11 wird bestimmt, daß jedes Testament ad piam causam durch zwei Zeugen hinlänglich erwiesen werde. Handelt hiernach das cap. 11 nur von dem Beweise solcher Testamente, wozu drei oder zwei Zeugen verlangt werden, so fragt es sich dann, ob diese Zeugen für den Beweis eines jeden solchen Testamentes nothwendig seien oder nur dann, wenn kein anderer hinlänglicher Beweis geführt werden kann. Da das cap. 11 erwiesener Maßen blos von Beweiszeugen handelt, so kann man, da das, was bewiesen werden soll, bestritten oder ungewiß sein muß, schon hieraus ableiten, daß die Zeugen nur für den Fall gefordert werden, daß nicht feststeht, ob das Testament wirklich vorhanden oder von dem Testator, von welchem es herrühren soll, errichtet oder endlich des Inhaltes sei, wie behauptet wird; ferner folgt daraus, daß eben die Zeugen nur da nothwendig seien, wo dieser Beweis nur durch Zeugen erbracht werden kann. Für eine genaue sowohl logische als historische Behandlung dieser Frage muß man sich ganz auf den Standpunkt des kanonischen Rechtes stellen. Hierbei kommt es auf die Beleuchtung von vier Punkten an, nämlich auf die ratio legis, auf den Sinn, welchen die Anwendung der im cap. 11 gebrauchten Worte der heiligen Schrift hat, auf die Gewohnheit der Kirche, worauf der Pabst provocirt, und endlich auf den Geist des kanonischen Rechtes. Was 1) die Frage anlangt, ob der Geist des Gesetzes selbst zulasse, daß das Erforderniß der zwei Zeugen für jedes Testament ad piam causam gelte, so ist dieselbe zu verneinen. Die Kirche hat von jeher den Grundsatz aufgestellt und behauptet, daß das ius naturale mit dem Rechte der Kirche zusammentreffe; ein Grundsatz, welcher in vielen Stellen des kanonischen Rechtsbuches enthalten ist. So sagt Gratian in pr. Dist. I.: Ius naturale est, quod in lege et evangelio continetur. Diese lex ist aber eben nur die im Evangelium und in der guten Gewohnheit der Kirche be-

gründete, d. h. in den canones ecclesiae, und der Ausdruck lege et evangelio will so viel sagen, wie lex evangelica, d. h. eine lex, wie sie die Kirche anerkennt. Deshalb werden Staatsgesetze oder Gewohnheiten, welche den Naturgesetzen, d. h. (im Sinne der Kirche) den kirchlichen, ohne den gerechtesten Grund zuwiderlaufen, für unvernünftig und nichtig erklärt[740]). Die Kirche zog alle Testamentssachen, besonders aber die Streitigkeiten über Testamente ad pias causas vor ihr Forum. Es ging dies aus dem Princip der Kirche hervor, alle Sachen, welche entweder causae spirituales oder causae spiritualibus connexae oder per accidens spirituales sind, nach den Gesetzen der Kirche, d. h. den natürlichen, göttlichen zu beurtheilen. Für diesen Grundsatz fand die Kirche ihre beste Stütze in Stellen des römischen Rechtsbuches selbst[741]). Im Civilrechte gilt das strenge Princip und der Buchstabe des Gesetzes[742]). Was durch diese unerbittliche Strenge als ungerecht erscheint, das soll von der aequitas, dem Naturrechte, also im Sinne des kanonischen Rechtes, durch die lex divina oder ecclesiastica aufgehoben und so die bürgerlichen Gesetze, leges humanae, verbessert werden. Ebendasselbe und nichts anderes will der Pabst, wenn er in der vorliegenden Decretale bestimmt, die Testamente ad piam causam sollten nicht secundum leges humanas, sondern secundum leges divinas i. e. ius naturale, beurtheilt werden. Das Princip des Naturrechtes ist aber in dem bekannten Satze: veritas praevalet solennitati, enthalten. Verlangt nun das strenge Recht zur Giltigkeit eines Geschäftes eine bestimmte Form der Eingehung, wie dies bei den Testamenten des römischen Rechtes der Fall ist, so geht selbstverständlich bei einem Streite über die Giltigkeit des fraglichen Geschäftes der Beweis dahin, daß eben jene gesetzlich bestimmte Form auch wirklich vorhanden sei, bei den Testamenten also: daß dieselben erwiesen werden durch eben dieselben Zeugen und die gleiche Zahl derselben, welche bei der Errichtung zugegen waren oder wo dieses unmöglich ist und die im Gesetze vorgesehenen Cautelen angewendet sind, daß doch die erforderliche Anzahl vorhanden gewesen sei. Die bestimmten Formen gehören aber nur dem positiven Rechte an; das Naturrecht verlangt sie nicht, sondern bloße Wahrheit, Gewißheit. Da nun nach kanonischem Rechte die Testamente ad piam causam nach dem Naturrechte beurtheilt werden müssen, dieses aber nur da Beweis verlangt, wo keine Gewißheit vorhanden ist, so folgt, daß die Zeugen des cap. 11, deren drei oder zwei zum Beweise eines solchen Testamentes genügen, nur da erforderlich sind, wo entweder das Dasein des Testamentes oder die Urheberschaft des Testators bestritten ist, und in den Fällen, wo der Beweis auf keine andere Weise zu erbringen ist. Hieraus folgt auch rückwärts, daß das cap. 11 nicht von Solennitäts-

740) Richter, Kirchenrecht §. 181 und besonders N. 4.

741) L. 22. 23. C. I. 2.

742) L. 12. §. 1. D. 40. 9.: Perquam durum est, sed ita lex scripta est. L. 20. 21. D. 1. 3.

zeugen, sondern von Beweiszeugen handele. 2) Die Worte der heiligen Schrift: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum, finden sich schon im alten Testamente in den Büchern Mosis [743]). In der fraglichen Stelle handelt es sich darum, daß auf das Zeugniß eines Einzigen Niemand einer Missethat beschuldigt werden solle. Selbstverständlich ist hier blos von Beweiszeugen die Rede. Derselbe Ausspruch findet sich im neuen Testamente wieder [744]), wo wieder von keiner feierlichen juristischen Handlung die Rede ist. Die Consequenz, welche aus der Unterstützung der päbstlichen Entscheidung durch diesen Ausspruch der Bibel abzuleiten ist, besteht darin, daß, da die Bibel nichts als Gewißheit fordert, ihre Vorschriften aber göttliches Recht und der Vernunft angemessen sind, das göttliche oder kirchliche Recht aber gezeigter Maßen nach den Aussprüchen des kanonischen Rechtes dem natürlichen gleichsteht und dieses eben bei Beurtheilung der Testamente ad piam causam anzuwenden ist, nichts gefordert wird, als daß Gewißheit vorhanden sei, und wo diese nur durch Zeugen hergestellt werden kann, deren zwei vollkommen hinreichen. 3) Nach der Gewohnheit der Kirche ist zum testamentum ad piam causam keine bestimmte Form erforderlich. Dies ist der am meisten bestrittene Punkt. Die Einwände, daß die dahin einschlagenden Quellenzeugnisse theils nur von Testamenten der Geistlichen handelten, theils zu wenige wären, um daraus eine Gewohnheit herleiten zu können, lassen sich leicht beseitigen. Der Pabst verbietet im cap. 11 die Anwendung der römischen Gesetze auf die Testamente ad piam causam. Diese Decretale erwähnt nur Zeugen zum Beweise des Testamentes und läßt nach dem Zwecke ihrer Bestimmung jedweden Beweis zu, sofern dadurch Gewißheit erlangt werden kann. Zur stärkeren Motivirung dieser Entscheidung beruft sich der Pabst auf die Gewohnheit der Kirche in den Worten: decretorum statuta. Gesetzt nun, es wäre kein Zeugniß einer solchen Gewohnheit mehr übrig, so müßte man entweder annehmen, der Pabst kenne keine solche Gewohnheit und fingire sie blos, um seinen Ausspruch zu verstärken und ihm allgemeine Geltung zu verschaffen, zu welcher Annahme indeß nichts berechtigt, zumal dem Pabste ganz andere Mittel zu Gebote standen, seinem Ausspruche allgemeine Giltigkeit zu verschaffen, oder man müßte die Worte des Pabstes für wahr halten und eine solche Gewohnheit annehmen. Letzteres fordern aber unumstößliche Grundsätze des katholischen Kirchenrechtes. Der Pabst berief sich auf die decretorum statuta nicht, um zu beweisen, daß zur Errichtung eines Testamentes ad piam causam nur zwei Zeugen genügen; denn er war darüber gar nicht gefragt; sondern er berief sich darauf, um zwei Zeugen als genügend zum Beweise zu erklären. Die Glossatoren stritten über den Beweis eines mündlich errichteten Testamentes nach römischem Rechte. Der Pabst

743) 5. Buch Mos. 19, 15.
744) Matth. 18, 16.

verwirft die strengere Ansicht und läßt zwei Zeugen genügen, neben anderen Gründen deshalb, weil die statuta ecclesiae und die Bibel deren nur zwei forderten. Das cap. 11 handelt nicht mehr blos von einem mündlichen Testamente, sondern von einem testamentum ad piam causam überhaupt. Die Berufung auf die statuta kann hier nur den Sinn haben, daß nach der Gewohnheit der Kirche zwei Zeugen stets genügen, wo auch kein anderer Beweis möglich ist; daß nur durch Zeugen der Beweis herzustellen sei, widerstreitet dem Sinne der Berufung selbst. Da der Pabst nach der katholischen Lehre der Mittelpunkt der Kirche, Bewahrer der Einheit ist, so hat er Zeugniß abzulegen über die Gewohnheit der Kirche, und was er für solche erklärt, muß in allen Kirchen gelten. Es genügte deshalb der Ausspruch des Pabstes, daß die genannte Gewohnheit der Kirche bestehe, welcher Ausspruch in der Berufung auf dieselbe liegt, vollkommen zu deren Beweise. Sie läßt sich aber auch außerdem nachweisen. Mehrere Concilienschlüsse enthalten unzweideutige Zeugnisse von einer derartigen Gewohnheit der Kirche[745]). Die in denselben gebrauchten Ausdrücke simplicitas (welche bewirkt, daß die nach den Civilgesetzen nöthigen Formen vernachlässigt werden), pro captis animi (nach der geistigen Fähigkeit eines Jeden, so daß das von Jemanden in den nach seiner Einsicht gewählten Formen der Kirche Hinterlassene giltig sein soll), haben offenbar nur den einfachen, unzweideutigen Sinn: es solle Jedermann freistehen, der Kirche zu vermachen und zu ihren Gunsten ein Testament zu errichten, in welcher Form er wolle, und daß dazu, wie ausdrücklich gesagt wird, jede Schrift genüge. Einige dieser Stellen sprechen allerdings nur von den Testamenten der Geistlichen; daß sie sich aber nicht darauf allein beziehen, lehrt die Geschichte. Die im kanonischen Rechte begründete Unfähigkeit der Mönche zu testiren, nahmen Viele auch für die Weltgeistlichen an. Zur Zeit jener Concilien waren, wie deren eigene Worte beweisen, die Kirchengüter häufig den größten Anfällen ausgesetzt. Daher wurde fast stets in jenen Zeiten von den Geistlichen ein Theil ihres Vermögens der Kirche oder den Armen hinterlassen, so daß die Unterlassung einer Zuwendung an die Armen sogar als mit ewigen Strafen bedroht dargestellt wurde. Dies geschah aber fast niemals vor den weltlichen Richtern, weil allen Gläubigen verboten war, vor denselben zu testiren, sondern auf andere Art, entweder vor einem anderen Geistlichen oder in einer dem Bischof übergebenen Schrift u. s. w. Die vermeintlichen Erben fochten diese Testamente wegen Mangels der civilrechtlichen Förmlichkeiten als nichtig an und drangen damit vor den weltlichen Gerichten durch. Deshalb wurden diese Concilienschlüsse gefaßt, deren Gleichheit zu so verschiedenen Zeiten und an den entferntesten Orten beweist, daß jene Gewohnheit der Geistlichen sowohl als Laien eine allgemeine, und

745) Sie sind angeführt und die Stellen zum Theil abgedruckt bei Schulte a. a. O. S. 183—185.

die Kirche mit aller Kraft solche aufrecht zu erhalten bemüht gewesen sei. 4) Der ganze Geist des kanonischen Rechtes verlangt die Giltigkeit des testamentum ad piam causam in jeder Form. Die christlichen Kaiser seit Constantin suchten fast sämmtlich die Macht und den Einfluß der Kirche zu heben, zu welchem Zwecke sie dieselbe mit zahlreichen Privilegien, Schenkungen u. s. w. versahen. Auch die Laien eiferten in ihrem frommen Sinne, die Kirche zu beschenken und mit Reichthümern auszustatten, was der fromme Sinn der ersten christlichen Jahrhunderte für die beste Verwendung des Vermögens hielt, zumal das Kirchengut und Armengut Eins war. Viele überließen sogar, mit gänzlicher Hintenansetzung ihrer Kinder und Verwandten, ihr ganzes Vermögen der Kirche, was so häufig geschah, daß schon Augustinus die Geistlichen vor der Annahme eines Legates u. s. w., wodurch die eigenen Erben des Testators ihrer legitima beraubt würden, warnt. Mit den wachsenden Reichthümern der Kirche wuchs deren Einfluß. Die Päbste suchten die Macht und die Privilegien der Kirche auf jede Weise zu verstärken, die Conciliensch lüsse als Gesetze geltend zu machen und gegen entgegenstehende römische aufrecht zu erhalten; ein Streben, was, wie bekannt, von dem besten Erfolge begleitet war. Die Kirche war und ist stets die Mutter der Armen. Alle Zuwendungen für die Armen oder zu einem anderen milden Zwecke wurden der Kirche anvertraut und dadurch erlangten milde Stiftungen jeder Art die der Kirche zustehenden Privilegien. Daß dieses eintreten mußte, ergiebt sich aus dem Begriffe der Frömmigkeit. Während der Begriff der pietas im Alterthum sich auf die angeborene Verehrung und Hochachtung gegen Personen, welche zu lieben die Natur selbst uns zwingt, beschränkt, wird derselbe im christlichen Zeitalter ein anderer. Die Kirche trat als die höher Berechtigte auf, als das Höchste des Menschen auf Erden. Die Pietät zeigt sich bei dem Christen am reinsten in der Verehrung der Kirche, ihrer Diener und Einrichtungen. Christlichfromm ist nur derjenige, welcher von solcher Liebe zur Kirche erfüllt ist, als diese von ihm fordert und lieber alles hingeben, als der Kirche mißfallen will. Was daher in irgend einer Art zur Ausbreitung der Kirche, zur Vermehrung ihrer Macht und ihres Einflusses auf die Gemüther geschah, war ein pium opus und pia causa wurde ein Titel, welcher vor geistlichem und weltlichem Forum heilig galt und schwerlich anzufechten war, so lange der Einfluß der Kirche dauerte. Die Kirche, deren Satzungen oft den Staatsgesetzen zuwiderliefen, hat sich stets über den Staat gestellt und ihren Geboten mehr Kraft beigelegt als den Staatsgesetzen, und allmälich unterwarf sie sich den Staat. In den nächsten Jahrhunderten nach dem Ende des weströmischen Reiches gelangten die kirchlichen Satzungen zu gleichem, ja, wo sie den römischen Gesetzen zuwiderliefen, größerem Ansehen und bindender Kraft für Alle. So wurde das römische Recht in vielen Stücken durch das kanonische abgeändert und dieses eine Hauptquelle des gemeinen Rechtes. Auf diese Weise war es möglich, den milden

Stiftungen zahlreiche Privilegien zu verleihen und alle darauf bezügliche Anordnungen auf jede Art aufrecht zu erhalten. Das weiteste Feld dazu fand sich in Testamentssachen. Da der Christ, auf dem Scheidepunkte zwischen Zeit und Ewigkeit angelangt, bei Nachforschungen über sein vergangenes Leben immer zu dem Resultate kommen wird, daß er, wenn er auch sein voriges Leben nicht zu bereuen, doch Manches zu vergüten, Vieles zu verbessern haben wird, so liegt ihm bei der Verfügung über sein irdisches Gut der Gedanke nahe, der Kirche, welche im Leben sein höchstes Gut war oder hätte sein sollen, einen Theil desselben zu hinterlassen, damit sie durch ihre zahlreichen Diener für das Seelenheil der Gläubigen zu wirken, den Armen und Nothleidenden beizustehen und ihre edlen Zwecke zu verwirklichen, die Mittel habe. Die Kirche muß eine solche Gesinnung hochachten und unterstützen, mit aller Macht zur Geltung bringen und hat dies stets gethan. Deshalb hat sie die Errichtung von Testamenten sowie ihre Ausführung als Sache der Kirche in jenen Zeiten bis in das späte Mittelalter behandelt. Obwohl freilich häufig habsüchtige Geistliche Kranke beredet haben mögen, ihre Güter zu frommen Zwecken zu vermachen, um desto sicherer Vergebung der Sünden zu erlangen, und man sich leicht zur Hingabe dessen entschließt, was man selbst nicht mehr genießen kann, so daß selbst Geizige zur Hingabe des Vermögens an fromme Stiftungen sich haben mögen bereden lassen, um dadurch das ungerechte Gut wieder zu heiligen, so war doch sicher in den meisten Fällen der Zweck der Testatoren ein anderer und ihr Wille ein freier. Die meisten Testamente zu frommen Zwecken in früherer Zeit sind zu dem Zwecke errichtet, daß an bestimmten Tagen die Messe für den Testator gelesen werde, um die Strafen der im Fegfeuer Leidenden abzukürzen. Die Kirche hat Grund, diesen Zweck auf jede Weise zu unterstützen; sie muß auf Aufrechterhaltung einer solchen Verfügung, gleichviel wenn sie errichtet worden ist, dringen; sie kann nicht zugeben, daß dieselbe der schwerfälligen und ängstlichen Beobachtung der civilrechtlichen Formen unterliege, da so herrliche Zwecke zu gleicher Zeit dadurch erreicht werden, nämlich Nutzen der Kirche und für die Seele des Testators; ihr genügt es vollständig, daß Einer diesen edlen Zweck hat erreichen wollen und dies erklärt, sei diese Erklärung nach dem Civilrechte bindend oder nicht; sie kann einen so frommen Entschluß nicht an die Erklärung in bestimmter Form binden. Kurz es ist vom Standpunkte der Kirche und des kanonischen Rechtes aus unmöglich, daß ein testamentum ad piam causam, gleichviel ob es direct zu Gunsten der Kirche oder der Armen oder einer anderen milden Stiftung gemacht sei, irgend welchen bestimmten Formen unterworfen werde. — Wenden wir uns nun zu der geschichtlichen Uebersicht der kirchlichen Gesetzgebung in Testamentssachen, besonders in Bezug auf Testamente ad piam causam, so darf es nicht befremden, daß nur wenige ausdrückliche Zeugnisse über die Errichtung u. s. w. von Testamenten vorhanden sind. Denn bis zum Untergange

des weströmischen Reiches galten die römischen Gesetze, welche in Ansehung der Form für Testamente ad piam causam keine Ausnahme enthielten. Nach dessen Auflösung blieb das römische Recht in den ehemals römischen Provinzen in Kraft; daneben galten die Gesetze und das Herkommen der teutschen Eroberer. Die Gewohnheiten derselben, welche später schriftlich aufgezeichnet wurden, enthielten sehr wenig in Bezug auf diesen Gegenstand, zumal da die Testamente kein teutschrechtliches Institut waren, sondern hier das Herkommen, wenigstens in Ansehung der Erbfolge in die Immobilien, entschied. Es finden sich deshalb nur vereinzelte Quellenzeugnisse, nach welchen die Kirche theils Erbfähigkeit, theils Fähigkeit zum Erwerbe von Immobilien erhielt. Nur die Conciliensschlüsse enthalten Genaueres, welche sich indessen nur auf die Feststellung von Privilegien, welche der Kirche streitig gemacht wurden, beschränkten. Alles war im ganzen stillschweigend durch das Herkommen geordnet, da man Testamentssachen überhaupt vor das kirchliche Forum zog, und die geistlichen Richter solche natürlich auf alle Weise aufrecht erhielten. Zur Zeit der Publication der Decretalen Gregor IX. (1234) war die geistliche Gerichtsbarkeit in allen von der Kirche dahin gezogenen Sachen unbestritten. Die fränkischen Könige bestätigten besonders in den Capitularien die kirchlichen Gewohnheiten. Die Entscheidung Pabst Alexander III. in der dem cap. 11. X. III. 26. zum Grunde liegenden Decretale beseitigte den Streit der Glossatoren über den Beweis eines mündlichen Testamentes und erklärte die weltlichen Gesetze in Bezug auf Testamente ad pias causas für unanwendbar. Das cap. 11. X. III. 26. endlich bestätigte das anerkannt allgemeine Herkommen ausdrücklich, indem es gesetzlich die Giltigkeit jeglicher Form eines testamentum ad piam causam anerkennt und nur, in Ermangelung anderen Beweises, zwei Zeugen fordert. Einzelne geschichtliche Data bestärken diese Ansicht[746]). — Was die einzelnen Einwände gegen die hier angenommene Ansicht vom testamentum ad pias causas betrifft, so bestehen diese 1) darin, wie es komme, daß der Pabst im cap. 11. X. III. 26. jedwede Form eines testamentum ad piam causam zulasse, sofern nur des Testators Wille sicher und unbezweifelt sei, während er doch im cap. 10. X. III. 26. ausdrücklich drei oder zwei Zeugen und den Pfarrer fordere? Dagegen ist folgendes zu bemerken. Im cap. 11. wird keine neue Form der Testamente ad piam causam, wodurch den Vorschriften des römischen Rechtes derogirt werden sollte, eingeführt, sondern nur die Unanwendbarkeit des römischen Rechtes auf diese Testamente erklärt und bestimmt, daß solche nach den statuta decretorum, d. i. nach der Kirchengewohnheit beurtheilt werden sollen. Diese forderte aber Gewißheit des Willens. Es wird nicht vorgeschrieben, welche Form in Zukunft giltig sein solle, weil das ohnehin feststand, sondern nur bestimmt, wie viel Zeugen zum vollen Beweise eines solchen Testamentes

746) Vgl. darüber Schulte a. a. O. S. 194 flg.

genügen sollen. Zum Beweise dient cap. 4. X. III. 26. Dort bestimmt der Pabst, daß ein mit bloßen Worten, nudis verbis, errichtetes Legat per omnia geleistet werden müsse. Die Thatsache stand fest, daß die Erblasserin jene Dinge, welche sie vermachte, hinterlassen hatte. Die Frage war, ob ein solches Legat giltig sei. Es gilt, denn die Legate ad piam causam gelten auch, wenn sie nudis verbis gemacht sind. Wo also die Existenz des Legates oder dessen Errichtung in Frage steht, gilt jede Form; wo es um den Beweis sich handelt, genügen drei oder zwei Zeugen vollständig. Dagegen ist im cap. 10. X. III. 26. keine Rede von den Testamenten ad piam causam, sondern von Testamenten überhaupt. Dort ist die Frage, welche Form zu einem giltigen Testamente überhaupt nothwendig sei. Die Richter verlangten genaue Beobachtung der römischen Gesetze. Der Pabst hingegen, infolge des Grundsatzes, daß alle Testamentssachen vor das geistliche Forum gehörten, bestimmte, daß ein giltiges Testament vor dem zuständigen Pfarrer und zwei oder drei Zeugen errichtet werden könne. Diese Decretale, wenn sie auch eine neue Form der Testamente nicht schafft, bestätigt doch eine solche. Der Grund und Inhalt beider Capitel ist also sehr verschieden. Das cap. 11. handelt von den privilegirten Testamenten zu frommen Zwecken, das cap. 10. von den feierlichen Testamenten überhaupt. Deshalb sind denn diese Testamente vor dem Pfarrer und drei oder zwei Zeugen, nachdem die Notariatsordnung die römische Testamentsform reichsgesetzlich vorgeschrieben hat, auch nie zur allgemeinen Giltigkeit gelangt, sondern nur hin und wieder in einzelnen Partikularrechten anerkannt worden, während die Testamente ad piam causam in ihrer privilegirten Form, ungeachtet sie in der Notariatsordnung gar nicht erwähnt worden sind, doch fast überall gegolten haben und zum Theil noch gelten, wenigstens gemeinrechtlich an ihrer Giltigkeit gar kein Zweifel ist. 2) Ein fernerer Einwand gegen den Satz, daß, wo es sich blos um Gewißheit handelt, jede Art des Beweises genüge, wird von der Constitution entlehnt, welche von dem Beweise des sogenannten legatum praesente herede relictum handelt[747]), weil diese einen bestimmten Beweis des Willens fordere. Wo allerdings eine bestimmte Form verlangt und keine andere zugelassen wird, wie bei dem testamentum parentum inter liberos, da gilt, wenn diese Form vernachlässigt ist, das Geschäft nicht; aus diesem Grunde ist auch kein anderer Beweis zulässig, als derjenige, welcher gerade auf die Existenz jener Form gerichtet ist. Im cap. 11. ist aber von einer bestimmten Form gar keine Rede. 3) Ein fernerer Einwand besteht darin, daß, wenn der Pabst einen anderen Beweis als durch zwei Zeugen hätte zulassen wollen, er bestimmter und deutlicher gesprochen haben würde, zumal er es mit Solchen zu thun hatte, welche die civilrechtlichen Förmlichkeiten auch für diese Testamente forderten. Darauf ist folgendes zu erwidern. Der

747) L. 32. C. VI. 42.

Pabst hat in dem Original des cap. 11. deutlich und ausdrücklich genug gesprochen und seine Entscheidung läßt über seine Meinung keinen Zweifel übrig; dann aber bedarf es vor Gericht nur bei bestrittenen und zweifelhaften Sachen, nicht bei unbestrittenen, eines Beweises. Im cap. 11. wird aber deutlich genug entschieden, daß, wo Zeugenbeweis nöthig sei oder beantragt werde, um ein testamentum ad piam causam zu beweisen, die Aussagen von zwei oder drei Zeugen vollen Beweis herstellen sollen[748]). — Mit der Hauptstreitfrage über das Erforderniß der im cap. 11. geforderten Zeugen als Solennitätszeugen oder Beweiszeugen hängen noch folgende Fragen zusammen, welche, je nachdem man die eine oder die andere Ansicht festhält, verschieden zu beantworten sind[749]). 1) Die erste Frage ist, ob die Zeugen, welche bei Errichtung eines Testamentes ad piam causam zugegen sind, rogirt werden müssen. Das Erforderniß der Rogation der Zeugen hat lediglich seinen Grund in der Solennität; da aber nach der hier angenommenen Ansicht die Zeugen Beweiszeugen sind, so fällt dieses Erforderniß bei dem Testamente ad piam causam weg. Anlaß zu der von den Gegnern hartnäckig behaupteten Meinung, daß die Zeugen rogirt sein müßten, hat besonders das Wort requisitis im cap. 11. gegeben. Allein dieser Ausdruck ist lediglich auf das processualische Requiriren der Zeugen durch richterlichen Erlaß zu beziehen und entspricht nur dieser Bedeutung, welche gerade die technisch-processualische dieses Wortes ist. Es versteht sich aber von selbst, daß die Zeugen zur Vornahme einer Proceßhandlung aufgefordert sein müssen, weil man sonst kein Zeugniß von ihnen erwarten könnte und die Parteien sich einen von ihnen dem Richter nicht benannten Zeugen nicht würden gefallen lassen[750]). Auch für die Legate ad pias causas wird nach der gemeinen Meinung dasselbe wie für die Testamente nach kanonischem Rechte verlangt. 2) Eine fernere Frage ist, ob Weiber bei einem Testamente ad piam causam giltige Zeugen sein können. Nach der hier vertheidigten Ansicht ist diese Frage zu bejahen; die Bejahung ist nur einfache Folgerung aus dem früher bewiesenen Satze, daß nach kanonischem Rechte für ein solches Testament keine Solennitäten vorgeschrieben sind und deshalb alles wegfällt, was nur reiner Ausfluß des Erfordernisses einer bestimmten Form ist. Solennitätszeugen können nun aber allerdings nach römischem Rechte Weiber nicht sein; wo es sich aber um den Beweis eines nicht an bestimmte Solennitäten gebundenen Geschäftes u. s. w. handelt, kann eine Frauensperson giltig zeugen. Man hat von Seiten der Gegner Anstoß genommen daran, daß es im cap. 11. heiße: tribus aut duobus

748) Vgl. über diese Einwände Schulte a. a. O. S. 200 flg.

749) Vgl. Schulte a. a. O. S. 208—211.

750) Eine Menge Schriftsteller, welche die Rogation der Zeugen für unnöthig halten, Kanonisten sowohl als Civilisten, führt an Schulte a. a. O. S. 207 flg., und man kann dies wohl als die gemeine Meinung ansehen. A. M. ist z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 134.

legitimis testibus. Man hat den Ausdruck legitimis darauf bezogen, daß die testes legitimi solche sein müßten, wie sie das Civilrecht fordert. Dies ist aber unrichtig. Legitimum ist, was den Erfordernissen eines Gesetzes, einer lex entspricht. Nach der ausdrücklichen Entscheidung des Pabstes sollen aber hier nicht die leges humanae (l. Romanae), sondern die leges divinae allein berücksichtigt werden. Daraus ergiebt sich, daß die testes legitimi solche sind, welche den kanonischen Gesetzen entsprechen. Alle diejenigen sind im Geiste des kanonischen Rechtes testes legitimi, welche weder die Natur, noch das kanonische Recht Zeugniß abzulegen hindert. 3) Eine weitere Frage ist, wenn die Gewißheit des Willens des Testators vorhanden sei. Der Wille, ad piam causam zu testiren, muß als erwiesen gelten, wenn er entweder aus einer ausdrücklichen Erklärung im Beisein von wenigstens zwei Zeugen oder aus einer von des Testators Hand geschriebenen oder unterschriebenen, entweder durch Anerkennung vor zwei Zeugen oder durch Hinterlassung als authentisch festgestellten, Urkunde, oder aus einer auf andere Weise außer Zweifel gesetzten und vor zwei Zeugen erfolgten Willenserklärung hervorgeht. Es muß daher a) ein von des Testators eigener Hand ganz geschriebenes Testament ad piam causam giltig sein; höchstens könnte dabei die Schrift des Testators in Frage kommen, welche aber natürlich ganz im Wege des gewöhnlichen Processes und mit den gewöhnlichen Beweismitteln, wie Schriftenvergleichung, Eid u. s. w. festzustellen ist. b) Wenn der Testator im Beisein von zwei Zeugen erklärt, daß er eine bestimmte pia causa zu Erben einsetze, oder giebt den Befehl, einen Notar zu rufen, um zur möglichsten Sicherheit seinen letzten Willen in Gemäßheit der Erfordernisse des Civilrechtes anfertigen zu lassen, stirbt aber, bevor der Notar ankäme, oder es wird überhaupt der Testator an der beabsichtigten solennen Testamentserrichtung verhindert, so fragt es sich, ob dies als ein Testament ad piam causam nach kanonischem Rechte gelte oder nicht? Die Giltigkeit nach kanonischem Rechte kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Die Absicht des Testators war sicher klar und bestimmt genug ausgesprochen. Unvollkommen ist das Testament nur in Bezug auf die Solennität, und gerade dieser Mangel schadet dem Testamente ad piam causam nichts[751]). Dasselbe muß in dem Falle gelten, wenn der Testator eigenhändig ein Testament ad piam causam geschrieben hat, aber um mehrerer Sicherheit willen noch die gewöhnliche Testamentsform zu beobachten beabsichtigt, jedoch daran verhindert wird[752]). Anders würde sich die Sache verhalten, wenn der Testator einen bloßen Entwurf gemacht hätte, welcher natürlich keinesfalls als wirkliches

---

751) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Schulte a. a. O. S. 213.

752) Mühlenbruch a. a. O. S. 138 ist hier anderer Meinung, indem er die Scriptur des Testators ohne Ausführung der Absicht, solenn zu testiren, für einen bloßen Entwurf hält. Selbst der Codicillarclausel räumt er nur unter Umständen Wirkung ein; es sei dies quaestio facti.

Testament dienen kann. Ob aber in einem bestimmten Falle ein bloßer Entwurf oder ein wirkliches Testament vorliege, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Der Beweis, daß eine vom Testator eigenhändig geschriebene Willenserklärung, worin er eine pia causa einsetzt, ein bloßer Entwurf sei, kann unter Umständen sehr schwierig sein, und wird demjenigen obliegen, der dies behauptet. Wenn dagegen der Testator ein solennes Testament nicht blos beabsichtigte, sondern in der That auch zur Errichtung eines solchen geschritten ist, dennoch aber in der gewollten Form etwas fehlt, so ist unseres Erachtens der Mangel der vom Testator gewollten Form kein Hinderniß der Giltigkeit des Testamentes ad piam causam, da hierzu Gewißheit des Willens des Testators genügt und keine bestimmte Form verlangt wird[753]). c) Nach der Meinung der älteren Juristen soll ein Testament ad piam causam auch durch einen Wink oder durch Zeichen giltig errichtet werden können, z. B. wenn ein Kranker, dessen Zunge gelähmt und dem der Gebrauch der Hände zum Schreiben nicht mehr gestattet ist, auf irgend eine untrügliche Weise, wie durch Hindeutung auf ein Cruzifix, seine Absicht, Gott, die Kirche, die Armen u. s. w. zum Erben einsetzen zu wollen, zu erkennen giebt[754]). Es wird auch nach dem allgemeinen Princip, daß die Gewißheit des Willens des Testirers genügt, hieran nicht zu zweifeln sein. d) Nach der Ansicht sehr vieler Kanonisten soll ein Testament ad piam causam auch dann gelten, wenn es in Chiffern, sei es gewöhnlichen oder ungewöhnlichen, abgefaßt ist, sobald nur der daraus hervorgehende Wille des Testators erwiesen werden kann. Sie berufen sich deshalb auf die Analogie des militärischen Testamentes, welches ja auch gelte, wenn es der Testirer einem Notar in Chiffern dictirt hatte und starb, bevor es mit Buchstaben geschrieben werden konnte[755]). Es bedarf aber keiner Analogie des römischen Rechtes, um dieses Privilegium bei dem Testamente ad piam causam zu rechtfertigen, weil dasselbe reine Folgerung aus dem Hauptsatze ist. e) Als weiteres Privilegium wird angeführt, daß der Mangel des Datums unschädlich sei. Es ist dies aber nichts Besonderes bei dem Testamente ad piam causam, da auch nach römischem Rechte die Beifügung des Datums kein wesentliches Erforderniß eines Testamentes ist, außer bei dem Testamente der Eltern unter den Kindern. f) Die Regel des römischen Rechtes: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, kann auf Testamente ad piam causam keine Anwendung leiden, da sie nur eine durchaus positive und dem römischen Erbrechte eigenthümliche ist. Ebensowenig aber kann in einem solchen Falle von einer Accrescenz der Vermögenstheile, welche nicht in der testamentarischen Verfügung begriffen sind, an die zum

---

753) Mühlenbruch a. a. O. S. 139 ist im wesentlichen derselben Meinung; er verlangt nicht einmal Beifügung der Codicillarclausel.

754) Kanonisten, welche dieser Ansicht sind, führt an Schulte a. a. O. S. 213.

755) L. 40. D. 29. 1.

Erben eingesetzte pia causa, aus dem eben angeführten Grunde die Rede sein. 4) Was die Frage anlangt, wer ad piam causam testiren dürfe, so ist nach dem Principe, welches das kanonische Recht in dieser ganzen Lehre befolgt, zu behaupten, daß Jeder ad piam causam testiren könne, welcher weder durch seine Natur, noch durch das hierbei in Betracht kommende Recht, also das kanonische, daran verhindert ist. Ohne Zweifel sind aus dem ersten Grunde zum Testiren unfähig: Unmündige, Wahnsinnige, Trunkene. Nach der Meinung vieler Kanonisten soll auch der Taubstumme giltig testiren können. Es ist dies aber schon nach römischem Rechte oder wenigstens nach der Notariatsordnung anzunehmen. Insbesondre ist bestritten, ob ein filiusfamilias nach kanonischem Rechte ad piam causam testiren könne. Nach kanonischem Rechte ist aber diese Frage zu bejahen[756]), denn die betreffende Stelle sagt, daß ein filiusfamilias ohne Einwilligung des Vaters, außer wenn er ein peculium castrense oder quasi castrense habe, pro anima sua iudicare non potest. Diese Stelle wird von den Civilisten meistens nur von Schenkungen auf den Todesfall verstanden, welche der Haussohn nach römischem Rechte mit Einwilligung des Vaters machen kann[757]), so daß sie also eine Abänderung des römischen Rechtes durch das kanonische nicht annehmen. Allein die Worte pro anima sua iudicare aliquid heißen nichts anderes als legiren zu Gunsten eines frommen Zweckes. Ueberhaupt bedeutet iudicare oft, besonders im mittelalterlichen Latein, so viel als legare, testamento relinquere[758]). Der Ausdruck iudicare pro anima sua ist der im Mittelalter gewöhnliche für legare pro anima sua. Die filiifamilias sind nur durch eine positive Bestimmung des römischen Rechtes zu testiren verhindert, außer über das peculium castrense und quasi castrense. Daß in ihrer Person zu dieser Bestimmung kein Grund vorhanden ist, beweist eben das Vorkommen von Ausnahmen im römischen Rechte am besten. Deshalb ist die gewöhnliche Ansicht, wornach dieselben mit Einwilligung des Vaters ad piam causam testiren können, auch für die Adventitien die richtige. Ohne Einwilligung des Vaters steht ihnen dies auch nach kanonischem Rechte nicht zu, da sich dieses schon einfach nicht aus anderen Principien des kanonischen Rechtes rechtfertigen ließe[759]). 5) Nach Civilrechte muß ein bestimmter Erbe eingesetzt werden; für die Giltigkeit des Testamentes ad piam causam genügt eine allgemeine Bezeichnung, z. B. die Armen, Gott, die Kirche u. s. w.[760]). Nach kanonischem Rechte kann ferner die Dispo-

---

756) Cap. 4. de sepultur. in VI. (III. 12.)
757) L. 25. §. 1. D. 39. 6.
758) Z. B. II. Feud. Tit. IX. §. 3. Tit. LV. pr. Legg. Longob. (Carol. M.) Lib. II. Tit. 18. l. 4. Tit. 14. l. 17. Tit. 29. l. 1. Tit. 4. l. 4. Leg. Visigoth. Lib. IV. Tit. 5. l. 2. 3.
759) Schulte a. a. O. S. 216—218.
760) L. 26. C. I. 2.

sition der Willkür eines Dritten überlassen werden[761]). So bestritten auch die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes ist (wovon später), so ist er doch entschieden wenigstens zu Gunsten einer pia causa zur Anwendung zu bringen. Denn wenn Jemand allgemein die Armen, Kirche u. s. w. zu Erben einsetzt, so ist schon nach dem späteren Justinianeischen Rechte der Bischof des Wohnortes des Testators der regelmäßige Testamentsvollstrecker. Hat nun Jemand eine bestimmte Person in seinem Testamente benannt, welche nach ihrem Ermessen sein Vermögen an pias causas vertheilen soll, so ist das doch im Erfolge weiter nichts, als einen Executor für sein Testament ernennen; denn der Erbe kann ja immerhin unbestimmt sein. Wer dagegen streitet, verwechselt den vorliegenden Fall mit dem, daß es nicht gestattet sein kann, Jemanden nicht zum Erben zu ernennen und ihm doch die Vollmacht zu geben, über das Vermögen zu testiren oder sonst zu verfügen, so daß dessen Anordnungen als von ihm selbst in einem Testamente geschehen betrachtet werden sollten. Dies wäre auch wohl für ein Testament ad piam causam unmöglich; denn schon der Ausdruck: das Testament ad piam causam könne dem arbitrium eines Dritten überlassen werden, hieße in dieser Bedeutung gar nichts. Indessen stand auch dieses unbedingte Anheimstellen den Geistlichen frei[762]). 6) Was die Aufhebung eines Testamentes ad piam causam anlangt[763]), so dehnen die älteren Kanonisten die Privilegien desselben so weit aus, daß dasselbe fast unter allen Umständen aufrecht erhalten werden müßte, indem ihm stets die Codicillarclausel stillschweigend innewohne u. s. w. Ohne Zweifel wird jedes solche Testament durch ein späteres feierliches Testament aufgehoben. Da ferner bei Beurtheilung eines solchen Testamentes auch in den weltlichen Gerichten die Grundsätze des kanonischen Rechtes zur Anwendung zu bringen sind, so kann nicht gezweifelt werden, daß dasselbe Princip, auf welchem die Privilegien des Testamentes ad piam causam beruhen, nicht minder bei der Aufhebung desselben gelten muß. Aus diesem Grunde muß zur Aufhebung eines solchen Testamentes eine jede erweisliche Willensänderung des Testators, also auch der bloße Widerruf genügen, zu dessen Beweise, in Ermangelung anderer Beweise, zwei Zeugen genügen. Erstens nämlich ist die Regel des römischen Rechtes, daß ein Testament durch bloßen einfachen Widerruf nicht, sondern nur durch ein neues Testament oder durch Vernichtung des früheren umgestoßen wird, für unsere Frage unerheblich. Dann läge darin eine große Inconsequenz, die Gewißheit des Willens auf der einen Seite als einziges Erforderniß zu erklären, auf der anderen Seite aber dieselbe Gewißheit für das Gegentheil nicht zulassen zu wollen. Dies würde nur einen unbegrenzten Egoismus und Habsucht verrathen, welche man, dem

761) Cap. 13. X. III. 26.
762) Schulte a. a. O. S. 219 flg.
763) Vgl. Schulte a. a. O. S. 220 flg.

kanonischen Rechte folgend, den kirchlichen Gesetzen nicht unterstellen darf. Daß durch Präterition oder grundlose Enterbung von Notherben, und in Ermangelung früherer Kinder, durch Agnation eines Postumus ein solches Testament rescindirt werden könne, ist ebenfalls nur eine Forderung der Billigkeit und dem Geiste der Kirche entsprechend, welche unmöglich weder für ihre noch für sonstige mildthätige Anstalten und Zwecke eine Bereicherung auf Kosten derjenigen dulden kann, welche innig zu lieben sowohl die Natur als die Religion und Kirche gebieten. Höchstens könnte man nur die Uebergangenen oder grundlos Enterbten auf die Nachforderung des Pflichttheiles oder, wenn ihnen etwas vermacht ist, auf dessen Ergänzung beschränken. 7) Die Frage, ob die in einem Testamente ad piam causam zu Gunsten fremder Personen, d. h. nicht einer pia causa, getroffenen Verfügungen (sog. legata externa) giltig seien[764]), wird fast von allen Civilisten schlechthin verneint, von den älteren Kanonisten durchgehends bejaht. Wenn nun auch ein Testament ad piam causam ein giltiges Testament ist, so ist es dies doch nur durch Privilegium zu Gunsten einer pia causa. Verfügungen, die man in einem feierlichen Testamente machen kann, haben in einem Testamente ad piam causam deshalb keine Giltigkeit, weil sich das Privilegium dieser Testamente blos auf den bestimmten Zweck bezieht. Wollte man in Bezug auf solche Verfügungen ein solches Testament als Codicill gelten lassen, so würde dies Verfahren nur höchst scheinbar sein. Denn immerhin wird doch ein feierliches Testament vorausgesetzt, wofür das Testament ad piam causam deshalb nicht anzusehen ist, weil es eben nur für den privilegirten Fall als Testament gilt. Auch kann die Giltigkeit solcher Legate nicht durch den Satz: Accessorium sequitur principale, bewiesen werden; denn in Bezug auf jene nach reinem Civilrechte zu beurtheilende Legate ist das Testament ad piam causam als einem ganz anderen Gebiete angehörig und auf ganz verschiedenen Grundsätzen beruhend, kein principale. Man muß sich daher für die Ungiltigkeit solcher Legate entscheiden. — Des Zusammenhanges wegen ist jetzt noch kürzlich der übrigen besonderen Rechtsbestimmungen zu gedenken, welche sich auf testamentarische Zuwendungen zum besten einer pia causa beziehen[765]). Sie rühren sämmtlich von Justinian her, betreffen meistens Vermächtnisse und sind folgende: 1) das bösliche Ableugnen eines Vermächtnisses zu Gunsten der Kirche oder eines sonstigen venerabilis locus von Seiten des Onerirten ist mit der Strafe des Doppelten bedroht[766]). 2) Derselbe Nachtheil trifft den Onerirten, welcher vergeblich gemahnt worden ist und es zur Klage hat kommen lassen[767]). 3) Regelmäßig sind die Vermächtnisse ad pias causas binnen sechs

764) Siehe Schulte a. a. O. S. 222 flg.

765) Vgl. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 76—106. Mühlenbruch in der Fortf. von Glück Bd. 42, S. 140 flg.

766) §. 7. Inst. III. 28. §. 26. Inst. IV. 6.

767) §. 19. 23. fin. 26. Inst. IV. 6. Marezoll a. a. O. S. 105 flg.

Monaten von Insinuation des Testamentes (ἀπὸ τῆς ἐμφανίσεως τῆς διαθήκης) zu entrichten; bei längerem Aufschub muß der Onerirte Zinsen zahlen, ingleichen die Nutzungen und die sonstigen Accessionen, von dem Tode des Testators gerechnet, herausgeben[768]). Manche wollen diese Folgen stets nach Ablauf der sechsmonatlichen Frist eintreten lassen, auch ohne daß dem Onerirten eine Saumseligkeit zur Last fällt. Indessen deutet doch der gesetzliche Ausdruck darauf hin, daß die allgemeinen Bedingungen der mora, also schuldhafte Verzögerung der Erfüllung vorhanden sein müssen. Nur bedarf es hier keiner Interpellation, die mora tritt von selbst ein[769]). Es ist dies hier die eine Eigenthümlichkeit dieser Vermächtnisse; die andere besteht darin, daß die Wirkungen des Verzuges auf die Todeszeit des Erblassers zurückbezogen werden. Offenbar geht der Gesetzgeber bei der Bestimmung der sechsmonatlichen Frist von der Voraussetzung aus, daß die Vermächtnisse solche sind, deren Leistung gleich nach dem Erbschaftsantritt (oder wenn ein Legatar onerirt ist, gleich nach dem Empfange des Legates) gefordert werden kann; ferner, daß der Onerirte noch überall nicht zur Leistung aufgefordert worden sei. Geschieht letzteres vor Ablauf der sechs Monate, so treten sofort die gesetzlichen Folgen des Verzuges für den säumigen Onerirten ein, da die obige Bestimmung den Vortheil der pia causa bezweckt, mithin nicht so auszulegen ist, daß ihr dadurch die einem jeden Gläubiger zustehenden Rechte entzogen werden[770]); die Wirkungen des Verzuges können aber auch nur die gewöhnlichen sein und namentlich ist die Annahme eines Verzuges des Onerirten schon bei dem Tode des Erblassers unstatthaft. Hat der Erblasser selbst eine Zeit der Leistung bestimmt, so treten mit deren Ablauf ebenfalls nur die gewöhnlichen Wirkungen ein. 4) Wenn eine zum Loskauf von Gefangenen oder zum besten der Armen gemachte testamentarische Auflage nach zweimaliger öffentlicher, d. h. von dem Bischof oder Oeconomus durch publicae personae bewirkter Mahnung nicht erfüllt wird, so verliert der Onerirte alles im Testamente ihm Zugedachte zum besten des Honorirten[771]). 5) Die gemeine Meinung hält Vermächtnisse aller Art, selbst Universalfideicommisse, welche zu Gunsten einer pia causa angeordnet sind, von dem Abzuge der Falcidischen und sog. Trebellianischen Quart befreit. Obgleich diese Meinung die aus der Nov. 131. cap. 12. entlehnte Authentike für sich hat[772]) und auch von neueren Juristen vertheidigt wird[773]),

768) Nov. 131. cap. 12.

769) L. 46. (45.) §. 4. C. I. 3. sagt dies ausdrücklich, und die Nov. 131. cap. 12. hat daran nichts geändert, vielmehr tritt auch nach ihr jene Folge ein, wenn binnen sechs Monaten das Vermächtniß nicht gezahlt wird.

770) Mühlenbruch a. a. O. S. 143, wogegen Marezoll a. a. O. S. 86 eine Mahnung vor Ablauf des gesetzlichen Termines für unzulässig hält.

771) Nov. 131. cap. 11. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 84—87.

772) Anth. Similiter C. ad Legem. Falcid. (VI. 50.)

773) Wenck, Beitr. zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 19—23. Marezoll a. a. O. S. 93—97.

so stehen ihr doch viele Bedenken entgegen[774]). Wenn auch der sog. Anonymus sich im Sinne der gemeinen Meinung ausspricht[775]), so war es doch diesem, auf den Marezoll sich beruft, offenbar nicht um eine genauere Wiedergabe des Inhaltes der betreffenden Novellenstelle zu thun, sondern nur um eine ganz allgemeine Relation. Die Novelle selbst ordnet den Verlust der Falcidischen Quart für den Erben nur als Strafe an, wenn dieser unter dem Vorwande, daß die Erbschaft zu den Vermächtnissen an die pia causa nicht hinreiche, die Leistung des Vermächtnisses verweigert, und ganz in demselben Sinne spricht sich der ziemlich gleichzeitige Novellenepitomator Athanasius aus[776]). Den Verlust aber über diesen Fall auszudehnen ist schon deshalb unzulässig, weil es sich hier von einer Strafe handelt. 6) In Bezug auf die einer pia causa ausgesetzten annua legata finden sich noch besondere Vorschriften. In einer nicht glossirten Constitution[777]) ist von Justinian folgendes bestimmt. Alle solche Vermächtnisse sollen weder durch Vergleich erlassen, noch sonst veräußert werden; wenn dies dennoch geschieht, so sind nicht nur diejenigen, von welchen die Veräußerung ausgegangen ist, verantwortlich, sondern es ist auch die Veräußerung selbst ungiltig, und die Verwalter oder Vorsteher der Stiftung können, ohne daß Verjährung entgegensteht, die Leistung des Vermächtnisses von dem Onerirten fordern, ingleichen von den Besitzern der Güter des Verstorbenen, da dessen Vermögen dieser Vermächtnisse halber einer Hypothek unterliegt, und auch letztere sollen nicht befugt sein, sich auf Verjährung zu berufen. Nur das ist gestattet, daß der Onerirte statt der ausgesetzten Rente die Leistung einer anderen übernimmt, welche indessen nicht vielen öffentlichen Lasten unterworfen sein darf, auch mindestens ein Viertheil mehr betragen muß, als die im Testamente angeordnete. Ein solcher Vertrag soll schriftlich errichtet und gerichtlich protocollirt werden. In einer späteren Novelle[778]) ist darüber bestimmt: wenn die mit einem solchen Vermächtnisse Belasteten oder der Ort, aus welchem die jährlichen Leistungen zu entrichten sind, sich in derselben Provinz oder in einer benachbarten befinden, so solle eine Veräußerung derselben in keiner Weise geschehen, sonst aber sei es gestattet, das Vermächtniß entweder gegen andere, aber wenigstens ein Viertheil mehr betragende und keinen größeren öffentlichen Lasten unter-

---

774) Mühlenbruch Fortf. von Glück Bd. 39, S. 459 flg., N. 7.

775) Siehe des Anonymus (Julianus) adnot. zu L. 1. §. 5. D. 30. 2. Sch. Ἠπερδ. Basil. XLI. 1. 1. (ed. Heimb. T. IV. p. 90.)

776) Athanasii Nov. Iustin. Tit. II. const. 3. (Heimbach iun. Anecd. T. I. p. 36.): *εἰ δὲ ὁ κληρονόμος λέγει μὴ προσαρκεῖν τὴν οὐσίαν, ἀναδιδότω τὰ πράγματα, μὴ παρακρατῶν Φαλκίδιον.* Theodor. Breviar. Novell. Nov. 131. §. 15. (Zachariae, Anecd. p. 142.) hat die Novelle offenbar mißverstanden oder anders gelesen, wenn er sagt: *εἰ δὲ οἱ κληρονόμοι εἴπωσι μὴ ἀρκεῖν τὴν οὐσίαν εἰς τὶ προσταχθὲν, τότε λαμβάνουσι τὸν Φαλκίδιον*, während die Erben gerade die Quart nicht erhalten sollen.

777) M. 46. (45.) §. 9. C. I. 3.

778) Nov. 131. cap. 12.

worfene reditus zu vertauschen oder um einen Preis zu verkaufen, der so groß sein muß, als die aus dem Vermächtnisse in 35 Jahren herauskommende Summe[779]). Ueber die Verjährung enthält die Novelle keine Vorschrift. In Ansehung der in der nicht glossirten Coderstelle (L. 46. (45.) §. 9. C. I. 3.) darüber sich findenden Vorschrift, könnte, wenn sie überhaupt jede Verjährung bei solchen Vermächtnissen ausschlösse, von einer Anwendbarkeit derselben schon deshalb nicht die Rede sein, weil sie nicht glossirt ist. Sie enthält aber in der That nicht die Ausschließung jeder Verjährung. Sie giebt nämlich als Grund des Wegfalles der Verjährung hier an, daß sich ja in jedem Jahre die Klage erneuere. Damit ist nur die Unverjährbarkeit des ganzes Rechtes, nicht aber die der einzelnen Leistungen von ihrer Verfallzeit an ausgesprochen. Denn da Justinian schon in einer Constitution vom Jahre 528 bestimmt hatte, daß bei fortdauernden Leistungen die Verjährungszeit

---

779) Der griechische Text der Nov. 131. cap. 12. lautet: *μὴ ἔλαττον τίμημα λαμβάνειν, τοῦ ὅσον ὑπὲρ τοῦ τοιούτου ληγάτου ἐπὶ λέ. ἐνιαυτοὺς συνάγηται.* Dagegen lautet die versio vulgata nach der gewöhnlichen Lesart dahin: et non minus pro pretio accipere, quam ex tali legato intra viginti quinque annos colligitur. Diese Lesart der versio vulgata soll ihre Erläuterung erhalten durch die auf Berechnung der Falcidischen Quart sich beziehende Aeußerung des Juristen Marcellus in L. 3. §. 2. D. 35. 2. und hiernach nimmt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42, S. 147 u. N. 88 an, die Vorschrift der Novelle gehe dahin, daß das Vermächtniß gegen ein Capital veräußert werden dürfe, welches zu 4 Procent verzinst die jährliche Rente abwerfe. Auch Schrader, civil. Abhandlungen Bd. 2, Nr. 2, §. 4, S. 155 bringt mit der angeführten Digestenstelle die Vorschrift der Novelle in Verbindung, indem er letztere so auslegt, daß als geringster Kaufpreis für ein, einer milden Stiftung hinterlassenes annuum legatum der 25fache Betrag der jährigen Zahlung festgesetzt werde. Obgleich nun sowohl der griechische Text der Novelle als auch die Basil. Tit. 3. cap. 14. ed. Heimb. T. I. p. 137. das Zahlzeichen 35 (*ἐπὶ λέ. ἐνιαυτοὺς.* Basil. *ἐνιαυτοῖς*) enthalten, so verwirft dennoch Mühlenbruch a. a. O. die von uns in den Text aufgenommene wörtliche Vorschrift der Novelle, nach welcher der Kaufpreis, welcher für die Rente zu zahlen sei, mindestens 35 Mal größer sein muß als die Rente, weil dies weder die Analogie anderer rechtlicher Bestimmungen, noch einen natürlichen Grund für sich habe, vielmehr als ein gänzlich isolirt dastehender und durchaus willkürlicher Ausspruch des positiven Rechtes zu betrachten sein würde. Er meint daher, daß, da überdies ein Versehen in Zahlzeichen so leicht möglich sei, wohl angenommen werden dürfe, daß der Urheber der Vulgata den ursprünglichen Text richtig wiedergegeben habe. Abgesehen davon, daß auch andere Handschriften der versio vulgata „intra triginta quinque annos" lesen (vgl. Osenbrüggen Ausgabe der Novellen in der von den Gebr. Kriechel besorgten Ausgabe des Corpus iuris T. III. p. 597. not. 15.) wird die Lesart *ἐπὶ λέ. ἐνιαυτοὺς* durch die Novellenepitomatoren Athanasius und Theodorus bestätigt. Athanasii Nov. Inst. Tit. II. const. 3. (Heimbach iun. Anecd. T. I. p. 36.): *εἰς λέ. ἔτη τῆς ἐτησίας καταβολῆς.* Theodori Breviar. Novell. Nov. 131. §. 17.: *ἐπεὶ πιπρασκέσθω εἰς λέ. ἔτη.* Steht hiernach das Zahlzeichen 35 fest, so kann man in der im Texte vorgetragenen Vorschrift der Novelle nur eine Vorschrift finden, derjenigen ähnlich, daß die Vertauschung des Vermächtnisses gegen andere um ein Viertheil mindestens sich höher belaufende reditus gestattet sein soll; es kommt nämlich dieses Verhältniß beinahe heraus, wenn man bei den 35 Jahren $3\frac{1}{2}$ Procent zu Grunde legt.

von der Verfallzeit jeder einzelnen Leistung gerechnet werden solle[780]), so kann man in der fraglichen Bestimmung der L. 46. (45.) §. 9. C. I. 3. vom Jahre 530 nur einen Anschluß an das gemeine Recht finden, und das Privilegium der Kirchen, milden Stiftungen u. s. w. nur darin setzen, daß die einzelnen Leistungen erst in 40 Jahren verjähren, was auch nur eine Anwendung des den Kirchen überhaupt zustehenden Verjährungsprivilegiums[781]) ist.

g) Testamentum posterius imperfectum in favorem heredum ab intestato conditum. Auch dieses wird gewöhnlich zu den privilegirten Testamenten gerechnet; es kann aber besser im Zusammenhange der Lehre von der Ungiltigeit der Testamente erörtert werden.

3) Gemeinschaftliche Testamente[782]). Es können mehrere Testamente zugleich von mehreren Testatoren in Einem Acte, gerichtlich oder außergerichtlich vor Zeugen, und in derselben Urkunde errichtet werden. Solche Testamente werden in der Doctrin gemeinschaftliche Testamente, testamenta mutua oder simultanea genannt. Wenn die Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen, so heißen sie insbesondre wechselseitige Testamente, testamenta reciproca. Diese Kunstausdrücke sind indessen nicht aus dem Leben hervorgegangen, sondern willkürlich gebildet. Bleibt man indessen bei dem mit diesen Ausdrücken verbundenen Sinne stehen, so können mehrere Testamente zugleich testamenta mutua und reciproca sein; es kann aber auch testamenta reciproca geben, welche nicht simultanea sind, und umgekehrt können Mehrere gemeinschaftlich testiren, ohne einander im Testamente weiter zu berücksichtigen. Ob solche Testamente auch im römischen Rechte gegründet sind oder einem teutschen Rechtsbrauche ihren Ursprung verdanken, ist streitig. Viele behaupten das Erstere[783]) und nehmen an, daß es nach römischem Rechte nicht blos den Ehegatten, sondern auch Anderen, nämlich Brüdern und Freunden gestattet sei, gemeinschaftlich und in derselben Urkunde zu testiren. Abgesehen von minder wichtigen Stellen[784]), beruft man sich vorzüglich auf eine Novelle Valentinian's III., in welcher die wechselseitige Erbeinsetzung nicht nur unter Ehegatten, sondern auch unter anderen Personen gebilligt

---

780) L. 7. §. 6. C. VII. 39.

781) Nov. 131. cap. 6.

782) Die ältere Literatur darüber siehe bei Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 35, S. 50 flg, N. 7, 8. Unter den neueren Schriften sind auszuzeichnen Hasse, im Rhein. Mus. Bd. 3, S. 239—278, 490—551. Deiters, de dispositionibus hereditariis simultaneis pactitiisque quaestiones III. Bonn. 1837. Beseler, Erbverträge Th. II, Bd. 1, S. 324—343. Vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 50—75. Bd. 38, S. 214—250.

783) Vgl. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 51, N. 9.

784) L. 70. D. 28. 5. L. 26. D. 39. 6. L. 19. C. II. 3.

werde[785]). Man findet in diesem Gesetze einen Fall, in welchem sich alle Eigenschaften eines gemeinschaftlichen und wechselseitigen Testamentes vereinigten, nämlich, erstlich zwei Testatoren, nicht blos Ehegatten, welche sich gegenseitig zu Erben einsetzen, zweitens, Einheit des Ortes und des Testamentsactes vor sieben Zeugen, drittens, Einheit der schriftlichen Urkunde, und solchen Testamenten sei in der Constitution für immer Giltigkeit zugesichert. Indessen läßt sich in Teutschland die Entstehung dieses Institutes nicht auf das römische Recht zurückführen; denn die gedachte Novelle ist in den Justinianeischen Codex nicht aufgenommen und es kann daher daraus nichts abgeleitet werden[786]). Gemeinschaftliche Testamente in derselben Urkunde, welche keine weitere Beziehung auf einander haben, als welche in der gemeinschaftlichen Errichtung in Einem Acte liegt, konnte das römisch-justinianeische Recht umsoweniger dulden, je mehr die Form des römischen Testamentes einem solchen gemeinschaftlichen Testamente widerstand, und überdies daraus die Ungereimtheit entstanden sein würde, daß nach dem Tode des Einen auch das Testament des Ueberlebenden hätte mit eröffnet werden müssen, wenn nicht jedes Testament besonders versiegelt und die Eröffnung seines Testamentes von dem Ueberlebenden besonders verbeten worden wäre. Der Ursprung der vorzüglich unter Ehegatten vorkommenden gemeinschaftlichen und wechselseitigen Testamente ist vielmehr in einem längst vor Einführung des römischen Rechtes bestehenden teutschen Gewohnheitsrechte zu suchen. Schon in den Marculfischen Formeln aus dem 7. Jahrhunderte[787]) findet sich eine Rubrik: Qualiter in uno volumine testamentum duarum personarum condatur; und die Formel selbst enthält ein wechselseitiges Testament zweier Ehegatten und ist wahrscheinlich das älteste Zeugniß dafür sowie auch als Formular von ganz besonderem Werthe. Ueberhaupt war in der germanischen Rechtssitte die Tendenz zu einem gegenseitigen Erbrechte der Ehegatten von jeher begründet, und mußte sich umsomehr herausstellen, nachdem römisches und teutsches Recht mit einander in Berührung und auf gewisse Weise in Conflict gekommen waren. Indessen läßt sich zwischen diesen vereinzelten Andeutungen dieses Geschäftes im ältesten teutschen Rechte und den späteren Erscheinungen kein Zusammenhang nachweisen. Genug, das ganze Institut beruhte und beruht noch auf wahrem praktischen Bedürfnisse der neueren Zeit, und dies sichert ihm die Giltigkeit, wo

---

785) Novell. Valentiniani III. Tit. XX. de testamentis const. 1. §. 1. 2. 3. (ed. Haenel p. 189—191.)

786) Hasse a. a. O. S. 239—243. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35, S. 54—59.

787) Form. Marculfi Lib. II. n. 17. Beseler a. a. O. S. 326 meint, daß auf die ältesten Beispiele wechselseitiger Testamente, welche in teutschen Rechtsquellen vorkommen, wohl auch jene Novelle Valentinian's von Einfluß gewesen sein möge. Auch die Lex Visigothorum Lib. IV. Tit. 2. cap. 19. enthält Bestimmungen, welche auf eine Kenntniß derselben hinzudeuten scheinen.

ihm nicht eine neuere Gesetzgebung hindernd in den Weg getreten ist[788]). Obwohl ein gegenseitiges seiner Natur nach ein zweifaches Testament ist, weil es eine doppelte Erbeinsetzung enthält und von zwei verschiedenen Testatoren errichtet worden ist, so können doch beide Testamente in einem und demselben Acte errichtet werden, und es sind dann nach einem ganz unbestrittenen Gerichtsgebrauche die gewöhnlichen Testamentsförmlichkeiten nur einfach zu beobachten, nur daß die Aufforderung der Zeugen von jedem Testator besonders geschehen muß und die Zeugen bei der Unterschrift zu bemerken haben, daß sie im Namen beider Testatoren, als von ihnen hierzu besonders erbetene Zeugen, unterschrieben und untersiegelt haben. Ist bei einem solchen wechselseitigen Testamente eine jede der von den beiden Testatoren geschehenen Erbeinsetzungen blos um der von dem Anderen geschehenen Erbeinsetzung wegen und unter der Voraussetzung geschehen, daß der Andere sein Testament nicht ändern werde, so heißt ein solches Doppeltestament ein correspectives (test. correspectivum). Nicht jedes wechselseitige Testament ist ein correspectives. Es muß also die Absicht der Testirenden, ein solches Testament errichten zu wollen, entweder ausdrücklich erklärt sein oder aus den Umständen deutlich hervorgehen. Denn an sich sind wechselseitige Testamente unabhängig von einander, so daß das eine stehen und fallen kann, z. B. wegen verletzten Notherbenrechtes, ohne daß dieses auf das andere Einfluß äußert. Die ausdrückliche Erklärung, ein correspectives Testament errichten zu wollen, geschieht durch die Beifügung der Clausel, daß im Falle einer der beiden Testatoren seinen letzten Willen ändern sollte, auch der letzte Wille des Anderen sofort für aufgehoben geachtet werden solle oder auch dadurch, daß jeder der beiden Testatoren in seinem Testamente ausdrücklich sagt, daß dasselbe nur insofern gelten solle, als der Andere sein Testament nicht abändern würde. Stillschweigend wird die Absicht, ein correspectives Testament errichten zu wollen, dadurch zu erkennen gegeben, daß in dem wechselseitigen Testamente solche Anordnungen getroffen werden, die jenen Willen unzweifelhaft erkennen lassen. Es ist dies der Fall 1) wenn die Verfügung der beiden Testatoren nicht blos allein zum bestem des Ueberlebenden, sondern auch zum besten der beiderseitigen Verwandten oder auch eines Dritten gereicht, an welche nach dem Ableben des Letztlebenden das Vermögen beider Ehegatten kommen soll. Es können aber auch 2) wechselseitige Testamente, welche eine bloße einfache gegenseitige Erbeinsetzung, ohne eine solche Substitution der Verwandten der Testatoren, enthalten, die Natur correspectiver haben, wenn die Umstände mit Zuverlässigkeit darauf schließen lassen, daß jeder der beiden Testatoren sein Testament mit Rück-

788) Verboten ist es im Lübischen Rechte Bd. II, Tit. 1, Art. 10. Dagegen ist es in mehreren Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt. Würtemberg. Landr. Th. III, Tit. 7. Bayerisches Landr. Th. III, Cap. 4, §. 11. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 12, §. 614. Th. II, Tit. 1, §. 482—494. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 583. 1248.

sicht auf das Testament des Anderen errichtet, und daß er den Anderen blos deshalb zum Erben eingesetzt habe, weil dieser dasselbe gegen ihn ebenfalls gethan hat, folglich beide Testatoren darauf rechnen, daß keiner von beiden seine zu Gunsten des Anderen getroffene Verfügung wieder ändern werde. Bei wechselseitigen Testamenten der Ehegatten wird eine solche Rechnung der Testatoren als Regel anzunehmen sein und diese werden daher im Zweifel als correspective angesehen werden müssen. Eine der streitigsten Fragen ist die, ob gegenseitige Testamente einseitig widerrufen werden können. Es existirt darüber ein Gemisch der verschiedensten, einander durchkreuzenden Meinungen der Juristen[789]. Nach der einen Ansicht soll jede solche wechselseitige Disposition, sie mag Testament genannt sein oder nicht, als ein Erbvertrag anzusehen und daher jeder einseitige Widerruf unzulässig sein. Eine zweite gerade entgegengesetzte Ansicht geht dahin, eine wechselseitige Verfügung über die Erbschaft der beiden sei niemals ein giltiger Vertrag; sie sei immer nach römischem Rechte zu beurtheilen und dürfe daher nie unwiderruflich sein, weil sich niemand, auch nicht ausdrücklich, verpflichten könne, seinen letzten Willen nicht zu ändern. Diejenigen, welche Vertrag und Unwiderruflichkeit annehmen, weichen doch wieder in Ansehung der Frage ab, wenn diese Unwiderruflichkeit ihren Anfang nehme. Am weitesten gehen diejenigen, welche schon die vorgängige Verabredung unter den Testatoren, man wolle so und so zusammen verfügen, für das unwiderruflich Bindende halten. Andere lassen erst durch die Errichtung des Testamentes die wechselseitige Gebundenheit eintreten; noch Andere nehmen diese gar nicht an, lassen aber den Ueberlebenden durch den Antritt der Erbschaft aus dem Testamente des Vorverstorbenen von da an, aber nun auch schlechterdings gebunden werden. Nicht wenige stellen die Sache darauf, ob die beiden Testatoren ganz ausdrücklich sagten, daß sie beide, ein jeder von ihnen, über ihrer beider Gut und ihrer beider Nachlaß verfügten, während Andere meinen, daß dies sich im Zweifel selbst verstehe; die Ersteren sind aber darüber wieder nicht recht klar, was zu einer solchen ausdrücklichen Erklärung gehöre. Dann sind sie aber wieder über den Sinn und die Rechtfertigung eines solchen Testamentes über das vereinigte Vermögen nicht einig, indem Einige dieses auf die Befugniß eines jeden Testators, auf die Erbschaft des Erben oder eines Dritten ein Fideicommiß zu legen, stützen, Andere es für eine schon nach römischem Rechte giltige mortis causa donatio erklären, noch Andere darin eine neuentstandene Gütergemeinschaft sehen, welche hier durch Uebereinkunft der Ehegatten zuerst erzeugt werde und sich dann in dem mit gesammter Hand errichteten Testamente darstelle. Wieder wird unterschieden zwischen einem Testamente, worin sich die Beiden lediglich gegen einander einsetzten oder einem solchen, worin sie

---

789) Eine Uebersicht derselben giebt Hasse a. a. O. S. 246—248. S. auch Beseler a. a. O. S. 327 flg.

auch noch dritte Personen, etwa nach dem Tode des Letztlebenden einsetzten (was sie Substitutionen nennen), Legate auferlegten u. dergl. Im ersten Falle ist nach der Ansicht Mancher absolut kein Erbvertrag, sondern reines von beiden Seiten frei widerrufliches Testament, im letzteren ebenso absolut und gleich vom Anfange an ein Beide bindendes Geschäft vorhanden; während Andere hier nur den Erbvertrag vermuthen und noch Andere die bindende Kraft erst mit dem Erbschaftsantritte für den Lebenden eintreten lassen; was denn auch rücksichtlich der Wirkungen natürlich zu sehr verschiedenen Resultaten führen muß. Seit Hasse die ganze Lehre einer gründlichen Revision unterworfen hat, ist man aber darüber einverstanden, daß ein wechselseitiges Testament kein Erbvertrag sei. Sind auch die wechselseitigen Testamente dem Justinianeischen Rechte unbekannt, so folgt daraus noch nicht die Unanwendbarkeit der römischrechtlichen Grundsätze von Testamenten darauf. Da in Teutschland die künftige Erbfolge ebensowohl durch Testamente als durch Erbverträge bestimmt werden kann, so nahmen auch die wechselseitigen Testamente einen römischen Charakter an und richteten sich nach der römischen Testamentsform. Obwohl Erbverträge seit langer Zeit in Teutschland üblich waren, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß Personen, welche zugleich in demselben Aufsatze sich einander zu Erben einsetzen, einen Erbvertrag haben eingehen wollen und daß sie daher ihre gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen aus dem eingegangenen Geschäfte lediglich nach teutschrechtlichen Grundsätzen beurtheilt wissen wollen. So viel Gewicht man darauf legt, daß Ehegatten, wenn sie ein wechselseitiges Testament errichten wollen, sich vorher mit einander darüber bereden, auch wohl in dem schriftlichen Aufsatze ausdrücklich sagen, sie wären darüber mit einander übereingekommen, so ist dies doch immer noch kein Beweis, daß sie deswegen einen bindenden Erbvertrag haben eingehen wollen. Es kann eine solche vorläufige Vereinbarung ebensowohl auf einen letzten Willen gerichtet sein[790]). Freilich kann auch ein Erbvertrag in der Absicht liegen, und ist dann nach teutschem Rechte giltig, so gut bei Erbeinsetzungen wie bei Substitutionen; er ist aber auch nach unserem Rechte nicht zu vermuthen, sowenig bei dieser wie bei jener. Nicht einmal ein Versprechen, sich gegenseitig einzusetzen, ist schon ein Erbvertrag und hat an sich bindende Kraft, viel weniger eine solche vorläufige Abrede. Es ist immer quaestio facti, was die Handelnden beabsichtigten, als sie das Geschäft vornahmen, ob Testament oder Erbvertrag. Im Zweifel muß vielmehr ein widerrufliches Testament vermuthet werden[791]), namentlich wenn die Worte Testament, letzter Wille, in der Urkunde vorkommen. Denn der Erbvertrag ist kein letzter Wille, sondern vielmehr ein gegenwärtiger Wille,

790) Hasse, im Rhein. Museum Bd. 2, S. 200. Bd. 3, S. 272.
791) Hasse a. a. O. Bd. 3, S. 269.

welcher über die Beerbung für immer entscheidet[792]). Wechselseitige Testamente sind daher in der Regel wahre Testamente, wenn sie auch correspectiv sind. Nach den von Testamenten und anderen letztwilligen Verfügungen geltenden Grundsätzen des römischen Rechtes muß es jedem der beiden Testatoren freistehen, seinen eigenen letzten Willen wieder aufzuheben und zu widerrufen, wofern nicht die Testatoren entweder ausdrücklich erklärt haben, daß das wechselseitige Testament als Erbvertrag gelten soll oder das Testament in der Form eines wirklichen Erbvertrages errichtet worden ist oder die Testatoren sich gegenseitig vertragsweise verpflichtet haben, daß keiner von beiden sein Testament ohne Einwilligung des anderen wieder ändern wolle. Einer ausdrücklichen Erklärung, daß das wechselseitige Testament als Erbvertrag gelten soll, wird es gleichgeachtet werden müssen, wenn die Testatoren die gegenseitige Erbeinsetzung acceptiren, was für hinreichend zu erachten ist, da Erbeinsetzungsverträge gemeinrechtlich keiner besonderen Form der Errichtung bedürfen. Eine einseitige Acceptation des einen Testators ist ungenügend, dem Testamente des anderen Testators die Kraft eines Erbvertrages und die Unwiderruflichkeit zu verleihen und dem Acceptirenden dennoch rücksichtlich seines Testamentes das Recht des Widerrufes zu erhalten. Der Meinung, daß die Acceptation der wechselseitigen Erbeinsetzung von Seiten beider Testatoren die Wirkung eines Erbvertrages habe, könnte man entgegensetzen wollen, daß, wie Viele behauptet haben, die Unwiderruflichkeit eines Testamentes nicht durch Vertrag begründet werden könne und daß auch die derogatorische Clausel unwirksam sei. Unter der derogatorischen Clausel (von deren weiterem Begriffe später zu handeln ist) ist hier die Clausel zu verstehen, wodurch ein Testator künftige Verfügungen im voraus vernichtet, insbesondre aber seinen gegenwärtigen letzten Willen für unabänderlich erklärt. Man muß nach römischem Rechte zugeben, daß sich Niemand verpflichten könne, seinen letzten Willen nicht zu ändern. Mit dem römischen Testamentsrechte ist auch die Regel: nemo sibi potest legem dicere, ne a priore voluntate recedere ei liceat, bei uns geltendes Recht geworden. Allein da das teutsche Recht Erbverträge gestattet, so kann auch daran nicht gezweifelt werden, daß die Unwiderruflichkeit von Testamenten durch Vertrag begründet werden könne. Auf Stellen des römischen Rechtes darf die entgegenstehende Ansicht nicht gestützt werden, da diese im genauesten Zusammenhange mit dem römischen Verbote der Erbverträge stehen. Der Umstand, daß hier nicht von einfachen Erbverträgen die Rede ist, sondern von Testamenten, welche durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden sollen, letzteres aber nach römischem Rechte durchaus unzulässig sei, ist bei der jetzigen Zulässigkeit der Erbverträge kein Hinderniß, die Unwiderruflichkeit eines Testamentes durch Vertrag zu begründen. Es führt keineswegs zu Verwirrungen und

---

792) Hasse a. a. O. Bd. 3, S. 259—261.

unauflöslichen Widersprüchen, wenn der Inhalt eines Testamentes zum Gegenstande eines Vertrages gemacht wird. Wenn auch dadurch das Testament aufhört, Testament zu sein und in einen wahren Vertrag verwandelt wird, so ist dies doch nur in Ansehung der Widerruflichkeit der Fall; das Testament wird nun eine unwiderrufliche Verfügung; im übrigen aber bleibt ihm nicht nur die Form der Willensäußerung, sondern auch der wesentliche Inhalt, was insofern von Bedeutung ist, als der Erbe, mit welchem ein solcher Vertrag eingegangen wird, auch in Ansehung der Verbindlichkeiten als wahrer Testamentserbe behandelt wird, wie man dieses für den eigentlichen Vertragserben meistens nicht annimmt[793]). Selbst wenn aber auch ein solcher Unterschied gar nicht vorhanden wäre, so sind doch einmal die Erbverträge in Teutschland giltig; ebensogut wie jede andere einseitig entworfene Verfügung, muß daher auch der Inhalt eines Testamentes durch Vertrag bestätigt werden können. Der Name Testament ist hier ohne Einfluß, nur der Wille des Erblassers ist als entscheidend anzusehen. Es haben daher auch von jeher Viele sich für die Zulässigkeit vertragsmäßig erklärter Unwiderruflichkeit eines Testamentes erklärt[794]). Auch die in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren beigefügte derogatorische Clausel muß als eine vertragsmäßige Einigung über die Unwiderruflichkeit des beiderseitigen Testamentes angesehen werden. Es bedarf nämlich dazu keiner bestimmten Form, sondern der Wille der Testatoren ist allein entscheidend; über den Willen derselben, daß das beiderseitige Testament unwiderruflich sein soll, darf kein Zweifel vorhanden sein[795]). Ist nun nichts von dem erfolgt, was wechselseitigen Testamenten den Charakter eines Erbvertrages, d. h. der Unwiderruflichkeit zu verleihen vermag, so müssen solche Testamente, da sie ihrem Wesen nach als verschiedene letztwillige Verfügungen zu betrachten sind, auch einseitig von jedem Testator widerrufen werden können. Diese einseitige Widerruflichkeit wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß diese Testamente zugleich correspective sind; nur tritt bei correspectiven Testamenten das Eigenthümliche ein, daß der Widerruf des einen Testamentes die Ungiltigkeit des anderen Testamentes zur Folge hat, was bei den gewöhnlichen wechselseitigen Testamenten nicht der Fall ist. Allerdings wird die einseitige Widerruflichkeit der wechselseitigen Testamente wenigstens der correspectiven von Manchen behauptet[796]). Allein es ermangelt diese Behauptung, so allgemein ausgedrückt, aller haltbaren Gründe. Allerdings sind wechselseitige Testamente wahre Anomalieen; auch ist wohl das Aufkommen solcher Testamente in Teutschland hauptsächlich aus dem uralten teutschrechtlichen Gebrauche, daß in Ehestiftungen zu-

793) Hasse a. a. O. Bd. 2, S. 212 flg.

794) Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 38, S. 209—211 und die daselbst S. 211, N. 63 angeführten Schriftsteller.

795) Mühlenbruch a. a. O. S. 213.

796) S. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 210, N. 76.

gleich das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten bestimmt zu werden pflegt und überhaupt aus dem Rechte der Erbverträge abzuleiten. Dadurch werden sie aber noch nicht zu wahren Erbverträgen. Vielmehr werden selbst in Partikularrechten unter den Ehestiftungen, welche das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten bestimmen, pacta successoria simplicia und mixta unterschieden, je nachdem sie unwiderruflich oder widerruflich sind, den Charakter eines Erbvertrages oder einer widerruflichen letztwilligen Verfügung haben; dieser Unterschied der Ehestiftungen ist auch in der gemeinrechtlichen Doctrin begründet. Gesteht man den wechselseitigen Testamenten den Charakter von Testamenten zu, wie man dies nicht anders kann, so ist consequenter Weise auch das Princip der Widerruflichkeit einseitiger letztwilliger Verfügungen bei ihnen wenigstens als Regel anzunehmen. Indessen leidet diese Regel gerade in Beziehung auf die gegenseitigen Testamente mehrere Beschränkungen. Die eine derselben ist, da sie ganz allgemein für Testamente dieser Art gilt, hier zu erwähnen. Die Beifügung der derogatorischen Clausel hat nämlich, nach der consequenteren, vorher schon angeführten Meinung, die Wirkung eines Vertrages, wodurch ein Testament für unwiderruflich erklärt wird. Es fehlt zwar dieser Ansicht nicht an Gegnern [797]). In der That scheint sie die Consequenz auf den ersten Anblick wider sich zu haben. Denn wenn man sich lediglich daran hält, daß die wechselseitigen Testamente selbstständige und von einander unabhängige letzte Willen sind, so erscheint allerdings der Schluß gerechtfertigt, daß die derogatorische Clausel hier nicht wirksamer sein könne, als bei den einfachen Testamenten. Indessen wird doch ein wesentlicher Unterschied durch die Möglichkeit begründet, die mehreren Testamente in Einer Urkunde und durch Einen Solennitätsact zu vollziehen. Ein einfaches Testament ist ein einseitiges Geschäft, welches man nicht mit einem Anderen schließt, und darum kann auch der eingesetzte Erbe durch die derogatorische Clausel kein Recht erhalten, was ihm das Testament selbst nicht giebt. Dagegen enthält ein wechselseitiges Testament im Grunde das Versprechen gegenseitiger Erbeinsetzung, welches Versprechen jedoch in der Regel die Wirkung eines Vertrages nicht haben kann, weil die Vermuthung dafür ist, daß die Testatoren, indem sie die Verfügung durch Testament wählten, auch in Ansehung der Wirkungen es bei demjenigen, was das gesetzliche Testamentsrecht mit sich bringt, bewenden lassen wollen. Acceptirt aber jeder Theil förmlich das Versprechen der Erbeinsetzung, so ist auch anzunehmen, daß vertragsmäßige Wirkung, d. h. Unwiderruflichkeit der Verfügung eintrete, da Vertrags- und Testa-

797) S. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 221, N. 80. Manche sprechen sogar dem pactum de non mutando testamento Wirksamkeit ab, während Ander dessen Wirksamkeit lediglich auf das vom Ueberlebenden herrührende Vermögen beschränken. Zu den Gegnern der hier nach dem Vorgange von Mühlenbruch a. a. O. S. 221 flg. angenommenen Ansicht gehört auch Sintenis, Civilrecht §. 178, N. 3, S. 467.

mentsrecht, wie bemerkt wurde, selbst bei einfachen Testamenten verbunden werden kann. Die Beifügung der derogatorischen Clausel von Seiten beider Testatoren zu ihrer Verfügung enthält nun aber erstens eine bestimmte Willenserklärung, welche jeden Zweifel über die Wirkung der getroffenen Verfügung ausschließt; zweitens ist diese Erklärung in einem gemeinschaftlichen Rechtsacte ausgesprochen, kann also auch formell als eine Willenseinigung angesehen werden, umsomehr als eigentliche Verträge einer bestimmten Form nach teutschem Rechte nicht bedürfen, sobald nur gegenseitige Einwilligung vorhanden ist. Ist also ein Unwiderruflichkeitsvertrag, oder was diesem gleichsteht, dem Testamente nicht beigefügt, so steht jedem Testator der ungehinderte Widerruf seines letzten Willens zu, wenigstens so lange Beide noch am Leben sind und keiner des anderen Erbe geworden ist. Sehr bestritten aber ist es, ob dieser Widerruf auch dann erfolgen dürfe, wenn der Ueberlebende bereits Erbe des Vorverstorbenen geworden ist und das Testament Verfügungen zum Besten dritter Personen enthält. Diese Verfügungen können darin bestehen, entweder daß dem Ueberlebenden bloße Singularvermächtnisse auferlegt sind oder daß ihm ein Miterbe ernannt ist oder daß der Uebergang des gesammten Nachlasses nach dem Tode des Ueberlebenden an bestimmte dritte Personen, gewöhnlich beiderseitige Verwandte der Testatoren, angeordnet ist. Der gewöhnlichste und hauptsächlichste Fall solcher Verfügungen ist der letzte und daher ist dieser vorzugsweise in das Auge zu fassen. Wenn also zwei Testatoren einander zu Erben einsetzen, mit der Bestimmung, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden gewissen im Testamente benannten oder bezeichneten Personen zufallen solle, so läßt sich diese Verfügung dahin auslegen, daß die Notherben dem Vorverstorbenen direct, dem Ueberlebenden fideicommissarisch substituirt sind, d. h. daß sie den Ueberlebenden in Ansehung dessen eigenen Nachlasses direct beerben, da der von ihm eingesetzte Vorverstorbene nicht hat Erbe werden können, den Vorverstorbenen aber fideicommissarisch, da der Ueberlebende dessen Erbe geworden ist[798]). Wäre die Willensmeinung der Disponenten wirklich darauf gerichtet, so wäre sehr einfach zu entscheiden. Der Letztlebende dürfte über sein eigenes Vermögen frei verfügen, sowohl durch letzte Willen als durch Geschäfte unter den Lebenden, und nur in Bezug auf den Nachlaß des Vorverstorbenen unterläge er denselben Beschränkungen wie jeder andere Fiduciarerbe. Allerdings kommt es immer darauf an, wie die Verfügung lautet und was die Absicht der Testatoren gewesen ist. Im Zweifel ist aber doch anzunehmen, daß jeder Testator darauf rechnete, es werde der Andere es bei dieser Verfügung bewenden lassen; soll es also lediglich auf die Absicht der Disponenten ankommen, so verdient diejenige Auslegung keine Begünstigung, nach welcher der Eine der Erbe des Anderen werden kann, aber die freie

798) Hasse a. a. O. Bd. 3, S. 262, N. 23, S. 269 flg., N. 25.

Verfügung über sein eigenes Vermögen behält[799]). Im ganzen geht denn auch die allgemeine Meinung der Juristen dahin, d. h. es wird angenommen, es sei an sich quaestio facti, was dereinst zu restituiren und nach welchem Zeitpunkte das zu restituirende Vermögen zu berechnen sei; es könne dabei auch die Todeszeit des Vorverstorbenen oder die Zeit der Testamentserrichtung als maßgebend bestimmt sein[800]), laute aber die Verfügung so allgemein, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden an gewisse im Testamente genannte oder bezeichnete Personen fallen solle, so seien beide Erbmassen als Ein Ganzes zu denken und die Bestandtheile dieses Ganzen nach der Zeit des Todes des Letztlebenden zu bestimmen, weshalb denn auch der von diesem gemachte neue Erwerb, es werde derselbe aus irgend einem Grunde gemacht, dazu gehöre[801]). Deshalb wird auch allgemein mit Recht die Correspectivität des Testamentes in Fällen solcher Art als sich von selbst verstehend angenommen, d. h. es wird angenommen, die Rücksicht, welche jeder Theil auf die Verfügung des Anderen genommen habe, sei hier so überwiegend, daß die Verfügung entweder nur so, wie sie ausgesprochen worden ist oder gar nicht bestehen könne[802]). Die Frage über die Möglichkeit der Verfügung der Testatoren über ihr beiderseitiges Vermögen, d. h. daß jeder über sein und zugleich über des Anderen Vermögen verfügt, und über die Wirkung einer solchen Verfügung wird sehr verschieden beantwortet. Bynkershoek erklärt die Sache aus dem Gesichtspunkte einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Notherben des Vorverstorbenen; aus der Fortdauer der Gütergemeinschaft leitet er ab, daß auch der neue Erwerb des Ueberlebenden nach wie vor zu dem Vermögenscomplex gehöre, worauf der Notherbe einen Anspruch habe; dann aber auch, daß der Letztlebende über die Hälfte des Ganzen frei verfügen dürfe, wogegen die andere Hälfte den Nacherben verbleibe und ihnen weder durch Geschäfte unter den Lebenden noch auf den Todesfall entzogen werden könne[803]). Gegen den Einwand, daß ja eine Societät mit dem Tode eines Gesellschafters erlösche, erwidert er, daß dies nur von der römischen societas, nicht aber von der ehelichen Gütergemeinschaft gelte; gegen den noch wichtigeren Einwurf, daß dabei doch stets eine unter den Testatoren bestehende Gütergemeinschaft vorausgesetzt werde, bemerkt er, daß die testamentarische Verfügung einmal nicht anders ausgelegt werden könne und nicht

799) Hasse a. a. O. S. 270. Häufig kommt auch noch hinzu, daß die Testatoren dem Ueberlebenden die Bestellung einer Caution und die Aufnahme eines Inventars erlassen oder ihm geradezu volle Freiheit der Verfügung einräumen.

800) S. Glück Bd. 35, S. 73.

801) Hasse a. a. O. S. 274. Glück Bd. 35, S. 74.

802) Hasse a. a. O. S. 271. Glück a. a. O. S. 62 flg., N. a und die Schriftsteller in N. 28 daselbst.

803) Bynkershoek, Quaest. iur. priv. Lib. III. cap. 10. (Opp. T. II. p. 365. 366b.)

einzusehen sei, warum die Testatoren gehindert sein sollten, ein solches Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den Nacherben zu begründen. Abgesehen davon, daß diese Ansicht immer wechselseitige Testamente unter Ehegatten voraussetzt, während sie doch auch unter anderen Personen vorkommen können, kann erstens das Recht der gesetzlichen fortgesetzten Gütergemeinschaft hier nicht angewendet werden, da es nur auf Kinder geht, deren Eltern mit einander in Gütergemeinschaft gelebt haben; zweitens aber ist es willkürlich, auf diese Weise die rechtliche Möglichkeit einer testamentarischen Verfügung über das Vermögen eines Anderen erklären zu wollen. Ist diese Möglichkeit überhaupt vorhanden, so braucht sie nicht auf eine so gesuchte Grundlage gestützt zu werden; ist sie nicht vorhanden, so läßt sich eine solche Verfügung dadurch weder begründen, noch rechtfertigen, daß die Fortsetzung eines Verhältnisses gewollt wird, welches entweder nie vorhanden war oder mit dem Tode von selbst wieder aufhörte[804]). Die Ansicht hat mit Recht den meisten Beifall gefunden und ist als die gewöhnliche zu betrachten, daß die Verfügung ein Universalfideicommiß sei, womit das beiderseitige Vermögen zum Besten der Nacherben belastet ist. Damit aber ist die Frage über die Wirkung der Verfügung nicht beantwortet, nämlich, ob dem Ueberlebenden die Hände dadurch gebunden seien oder ob er über sein eigenes Vermögen nach wie vor verfügen dürfe. Es giebt darüber zwei Hauptansichten. Nach der einen behält der Ueberlebende freies Verfügungsrecht über sein eigenes Vermögen und hat nur das, was von dem Vorverstorbenen auf ihn gekommen ist, zurückzugeben; nach der zweiten ist er die Verfügung ihrem ganzen Inhalte nach zu erfüllen verbunden, vorausgesetzt, daß er die Erbschaft angetreten hat; es ist hier nämlich nicht mehr von unbedingter Unwiderruflichkeit wechselseitiger Testamente die Rede, sondern es steht nach der oben angenommenen Meinung beim Leben beider Theile und bis zum Erwerbe der Erbschaft eine Zurücknahme der eigenen Verfügung jedem frei. Verfügt daher der Ueberlebende anderweit, so hat er zwar auch nach der ersten Ansicht alles, was von dem Vermögen des Vorverstorbenen an ihn gelangt ist, mit den Nutzungen zu restituiren, gleichsam als wenn er nie dessen Erbe geworden wäre; im übrigen aber besteht seine neue Verfügung als eine vollkommen rechtsgiltige, während sie nach der zweiten Ansicht überall nicht gelten kann. Die Hauptvertheidiger der ersten Meinung sind Harprecht und Hasse[805]). Es wird für diese besonders geltend gemacht, daß Niemand für einen Anderen ein Testament machen, noch sich selbst durch ein Testament in Ansehung künftiger Verfügungen die Hände binden könne. Da nun aber das Testament

804) Siehe die Ausführung Mühlenbruch's a. a. O. Bd. 38, S. 227—232 gegen die Ansicht von Bynkershoek.

805) Harprecht, diss. de testamentis correspectivis §. 31. sq. und diss. de reciproci inter coniuges testamenti revocatione cap. I. §. 11. Hasse a. a. O. S. 269 flg. und S. 490 bis zu Ende der Abhandlung.

ein correspectives ist, so kann es begreiflich auch nicht für denjenigen mehr gelten, welcher seinen früher erklärten letzten Willen nicht mehr bestehen lassen will. Die Frage, ob die das Vermögen des Vorverstorbenen betreffende Verfügung noch zum Besten der im Testamente ernannten Nacherben gelte oder ob in dieses Vermögen Intestaterbfolge eintrete, wird von beiden Rechtslehrern auf die letztere Weise entschieden, indem die Correspectivität die Wirkung einer Resolutivbedingung für die Verfügung des Vorverstorbenen habe, wenn der Ueberlebende seinerseits das Testament nicht gelten lassen wolle. Nur darin weichen beide von einander ab, daß nach Hasse die Ungiltigkeit des Testamentes erst dann eintreten soll, wenn sich bei dem Tode des Letztlebenden ein der ersten Verfügung widersprechender letzter Wille findet, wogegen Harprecht die Auflösung des Testamentes sofort mit dem Zeitpunkte des Widerrufes oder einer anderen letztwilligen Verfügung eintreten läßt; für welche letztere Meinung der Grund entscheidend ist, daß mit dem in dem Widerrufe des Testamentes von Seiten des Ueberlebenden enthaltenen Wegfall der Voraussetzung für das Testament des Verstorbenen, ohne weiteres Intestaterbfolge in dessen Nachlaß eintritt und eine Conversion derselben, d. h. die Wiederherstellung seines Testamentes durch ein neues Testament des Ersteren, wenn es auch gleichen Inhalt hat wie das frühere, unmöglich ist; es fehlt dann, um es kurz zu sagen, an derjenigen formellen Verbindung, welche zur Eigenthümlichkeit eines correspectiven Testamentes durchaus nothwendig ist. Nach der Meinung Anderer bleibt das Testament, soweit es das Vermögen des Vorverstorbenen betrifft, zum Besten der ernannten Nacherben giltig, da es durch die Erbschaftsantretung schon in Wirksamkeit getreten sei, folglich hinterher nicht wieder vernichtet werden könne[806]). Dieser Grund würde aber mehr beweisen als daraus bewiesen werden soll, indem nicht einzusehen ist, warum alsdann das Testament nur zum Theil seine Wirkung behalten soll; denn die Correspectivität der beiderseitigen Verfügungen ergiebt als nothwendige Folge, daß sie entweder neben einander bestehen oder beide wegfallen müssen. Außerdem würde hier in den meisten Fällen ein nicht den Absichten des Vorverstorbenen entsprechendes Resultat zum Vorschein kommen. Gewöhnlich ernennen nämlich beide Testatoren ihre nächsten Verwandten zu Nacherben. Der Mann würde schwerlich die Verwandten der Frau bedacht haben, wenn diese nicht auch die seinigen berücksichtigte und umgekehrt. Wenn nun die nach des Mannes Tode erfolgende Willensänderung der Frau bewirken sollte, daß mit Ausschluß ihrer die sämmtlichen Nacherben, also auch ihre Verwandten das Vermögen des Mannes bekämen, so würde dies der Absicht des Vorverstorbenen gewiß nicht gemäß sein, von dem

---

806) So Mevius, comm. ad ius Lubecense, ad lib. II. tit. I. art. 10. nr. 34. sq. und Decisiones P. IX. dec. 148. Siehe dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 235 flg.

nicht anzunehmen ist, daß er den Seinigen Rechte habe entziehen und fremden Personen zuwenden wollen, sondern vielmehr, daß er in der sicheren Hoffnung auf die Verwirklichung der zum Besten seiner Verwandten von der Frau getroffenen Verfügung so verfügt habe. Derselbe Grund steht auch bisweilen der ersten Meinung entgegen. Denn die in wechselseitigen Testamenten ernannten Nacherben sind nicht immer zugleich die nächsten Intestaterben. Wo nun die ernannten Nacherben nicht auch zugleich die nächsten Intestaterben sind, würde infolge des Widerrufes des Ueberlebenden die Intestaterbfolge offenbar ganz wider den Willen des Vorverstorbenen Platz greifen. Aus Erwägung dieser Gründe ist noch eine dritte aber einzeln stehende Meinung hervorgegangen, nach welcher die Verwandten oder Freunde des Vorverstorbenen dessen ganzes Vermögen erhalten, der Ueberlebende und dessen Verwandte aber leer ausgehen sollen [807]); eine Meinung, die aber gar nicht zu rechtfertigen ist. — Was die zweite Hauptansicht anlangt, nach welcher der Erbschaftsantritt von Seiten des Ueberlebenden alle weitere Verfügung ausschließt, so ist zuvörderst zu bemerken, daß der Ueberlebende durch den Tod des einen Testators und die Delation der Erbschaft aus dem Testamente desselben selbst bei correspectiven Testamenten keineswegs verbunden ist, die Erbschaft anzunehmen, sondern deren Annahme oder Ausschlagung von der Willkür des Ueberlebenden abhängt. Er kann die Erbschaft ausschlagen und selbst wenn die Disposition beider Testatoren ein Erbvertrag wäre oder die Unwiderruflichkeit der beiderseitigen Disposition von den Testatoren ausdrücklich bestimmt oder die derogatorische Clausel denselben zugefügt worden wäre, würde die Willkür des Ueberlebenden, die Erbschaft des Vorverstorbenen anzutreten oder auszuschlagen, nicht beschränkt sein, da selbst ein Vertragserbe nicht verbunden ist, die ihm durch Erbvertrag deferirte Erbschaft anzunehmen, sondern er solche immer noch auszuschlagen befugt ist. Nur wenn sich der Ueberlebende durch Vertrag dem anderen Testator verpflichtet hätte, die Erbschaft desselben anzutreten, eine Verpflichtung, deren Uebernahme durch Vertrag nach den Grundsätzen des heutigen Rechtes als zulässig nicht zu bezweifeln ist, kann eine Nothwendigkeit für den Ueberlebenden, die Erbschaft des Vorverstorbenen anzutreten, begründet sein. Schlägt nun der Ueberlebende die Erbschaft aus, so tritt nunmehr die Intestaterbfolge ein und der Ueberlebende kann über sein Vermögen nach Gefallen testiren. Hat er aber die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten, so erhält der Ueberlebende das ihm im Testamente des Vorverstorbenen zugedachte ganze Vermögen; er ist jedoch verpflichtet, die außerdem noch gemachten Verordnungen desselben zu erfüllen. Soviel aber das eigene Vermögen des Ueberlebenden an-

---

807) Diese Meinung vertheidigt Griesinger, Comm. zum würtemberg. Landrecht Th. III, Tit. VII, Bd. V, §. 56, S. 203 flg. S. dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 236 flg.

langt, so wird dasselbe, wenn nur der Verstorbene allein darin zum Erben eingesetzt war, nun durch den Tod desselben destituirt, womit auch alle darin angeordneten Legate und Fideicommisse wegfallen. Ist aber das Vermögen beider Testatoren zu einem Fideicommiß gemacht, in der Art, daß der Ueberlebende zwar des Vorverstorbenen ganzes Vermögen erhalten, nach dessen Tode aber ihr beiderseitiger Nachlaß an ihre beiderseitigen Verwandten oder an eine dritte Person kommen soll, so ist eine Aenderung dieses Fideicommisses nicht mehr zulässig. Denn der Ueberlebende hat den Willen des Verstorbenen, welcher ja auch sein eigener freier Wille war, durch den Erbschaftsantritt als unwiderruflich anerkannt und bestätigt. Wenn nun schon nach gemeinem Rechte durch den Erbschaftsantritt der Nachlaß des Testators mit dem eigenen Vermögen des Erben zu Einer Masse wird, so liegt es hier noch besonders im Sinne des ganzen Testamentes, daß das beiderseitige Vermögen der Testatoren als Ein Vermögen angesehen und so nach dem Tode des Ueberlebenden unter die beiderseitigen Verwandten, als ob es nur Eine Erbschaft wäre, vertheilt werden solle. Hierdurch ist nun das Vermögen beider Testatoren in die gegenseitige Erbeinsetzung selbst hineingezogen und so unzertrennlich damit verknüpft worden, daß eine willkürliche Aenderung von Seiten des Ueberlebenden nicht mehr stattfinden kann. Denn es ist hier ein Universalfideicommiß vorhanden, welches das Vermögen beider Testatoren umfaßt. Jeder der Testatoren hat hier zugleich über das Vermögen des Anderen verfügt. Der Ueberlebende muß also diesen Willen des Verstorbenen anerkennen, wenn er dessen Erbe geworden ist[808]). Daß jeder der Testatoren zugleich über das Vermögen des Anderen verfüge, ist schon gemeinrechtlich erlaubt. Der Erbe muß es sich gefallen lassen, daß der Erblasser dem Erben gehörige Sachen einem Dritten vermacht und er muß sie dem Legatar abtreten, wenn er die Erbschaft einmal angetreten hat[809]). Der Grund liegt in der mit dem Erbschaftsantritte eintretenden vollständigen Repräsentation des Erblassers durch den Erben. Durch den Erbschaftsantritt wird das Vermögen des Erblassers und des Erben zu Einer Masse vereinigt, so daß die Sachen des Erben ebenso zu betrachten sind, als ob sie Sachen des Erblassers selbst wären. Der Erblasser konnte sie mithin auf den Fall, daß der Erbe die Erbschaft annimmt, ohne Zweifel mit einem Fideicommiß beschweren, welches der Erbe, da er als Universalsuccessor denselben repräsentirt, nicht wieder aufzuheben vermag. Diese Ansicht hat besonders unter den Neueren den meisten Beifall erhalten und sie hat in Mühlenbruch einen neuen Vertheidiger gefunden[810]). Da=

808) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 35, S. 68 flg. und die N. 42, S. 69 flg. angeführten Schriftsteller. Vgl. auch Biener, Quaest. 44. 45. (in Opusc. Vol. II. p. 191. sq.).

809) §. 4. Inst. II. 20. §. 1. Inst. II. 24. L. 67. §. 8. D. 31. L. 25. C. VI. 42.

810) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 237 flg.

gegen hat Hasse[811]) insbesondre den Grundsatz des römischen Rechtes geltend zu machen gesucht: es könne kein Honorirter mit Vermächtnissen belastet werden, wofür er nicht eine Deckung oder Entschädigung in der Erbschaft findet; was darüber hinausgeht, sei unwirksam angeordnet[812]); der Erbschaftsantritt verpflichte aber den Erben nur zur Erfüllung dessen, was an sich giltig und wirksam im Testamente verfügt ist, nicht aber der nichtigen Auflagen[813]). Analog unserem Falle sei die im römischen Rechte mehrfach erwähnte testamentarische Auflage an den Erben, daß er Jemanden zum Erben ernenne oder zum Besten einer gewissen Person nicht testire[814]); dies gelte immer als eine Auflage, seine (des Erben eigene) Erbschaft zu restituiren und verpflichte ihn, dem fideicommissarisch Substituirten nur so viel zu hinterlassen, als er selbst mit Inbegriff sämmtlicher Nutzungen durch die Erbschaft erhalten hat, nicht aber ein Mehreres. Man muß der zweiten Ansicht beitreten. Man kann die sämmtlichen Bemerkungen von Hasse als begründet zugeben, ohne doch nach heutigem Rechte zu dem von ihm gezogenen Resultate zu kommen. Im römischen Rechte galt der Grundsatz, daß Niemand für einen Anderen testamentarisch verfügen oder dessen Freiheit zu testiren, unmittelbar oder mittelbar, einschränken dürfe. Wenn dieses dennoch geschah, so müßte die Verfügung als eine Disposition über das eigene Vermögen des Testators erscheinen; widrigenfalls war sie völlig unwirksam, da sie einem Grundsatze des ius publicum zuwider lief. Wenn aber die Verfügung keinen Eingriff in die Testirfreiheit des Honorirten enthielt, so war sie auch überall keiner Beschränkung unterworfen. Wenn man auch ferner die Regel, daß Niemand mehr belastet als bedacht werden könne, auch für das heutige Testamentsrecht gelten lassen muß, so kann sie doch, da das Princip, woraus sie geflossen ist, nicht mehr bei uns gilt, auch nicht mit der Strenge angewendet werden, wie bei den Römern. Die Freiheit zu testiren kann direct durch Verträge beschränkt werden und indirect durch die von beiden Theilen dem wechselseitigen Testamente beigefügte derogatorische Clausel. Aehnliche Wirkungen sind auch dem correspectiven Testamente zuzuschreiben, wenn es durch Erbschaftsantritt von Seiten des Letztlebenden bestätigt worden ist; wollte man es nicht, so würde man den Begriff eines solchen Testamentes in der Anwendung geradezu wieder aufheben. Nach dieser Deduction, bei der wir im wesentlichen Mühlenbruch gefolgt sind, sind mit dem Begriffe des correspectiven Testamentes zwei wesentliche Abweichungen vom römischen Rechte verbunden, von denen die eine in der rechtlichen Möglichkeit besteht, daß jeder Testator über das Vermögen des Anderen verfügen

811) Hasse a. a. O. Bd. 3, S. 501 flg.
812) §. 1. Inst. II. 24.
813) Hasse a. a. O. S. 541 flg.
814) Siehe L. 114. §. 6—8. D. 31. L. 70. §. 2. L. 77. §. 24. D. 31. L. 17. pr. §. 2. 3. L. 74. D. 36. 1. L. 41. §. 3. D. 28. 6.

kann, die andere darin, daß beide Verfügungen nur mit und neben einander bestehen können. Es muß nach allem diesem die zweite Hauptansicht für die richtige erachtet werden. Der einseitige Widerruf bringt allerdings eine solche Sachlage hervor, als wenn das Testament nie existirt hätte. Es muß dies doch aber nach rechtlichen Grundsätzen noch möglich sein; es ist dies aber nicht möglich, sobald einmal ein Erbe aus dem Testamente existirt. Der Erbe kann, sobald er einmal die Erbschaft angetreten hat, durch seine Willkür die rechtliche Wirkung des Erbschaftserwerbes nicht wieder vernichten, und allerdings bemerkt Mühlenbruch mit Recht, daß Hasse, welcher doch den gewöhnlichen Begriff der correspectiven Testamente kenne und billige, mit seinen eigenen Grundsätzen in Widerspruch gerathe, wenn er hier alles nach dem römischen Rechte bestimmt wissen wolle, dennoch aber eine Vernichtung des Testamentes infolge des einseitigen Widerrufes dessen, welcher bereits Erbe geworden ist, eintreten lasse. Wir können auch in der Deduction Mühlenbruch's nicht den ihm von Sintenis[815]) zur Last gelegten Kreisschluß finden. In dem Erbschaftsantritte aus dem Testamente des Vorverstorbenen von Seiten des Ueberlebenden liegt ein Verzicht auf die Abänderung der eigenen Verfügung. Wenn diesem entgegengehalten wird, daß ein Verzicht nicht vermuthet werde und daß man sich des Widerrufes eines letzten Willens durch einen ausdrücklichen Vertrag nicht begeben könne, also auch nicht durch einen Quasicontract[816]), so ist dagegen Folgendes zu bemerken. Man muß es als gewohnheitsrechtlich feststehend betrachten, daß abweichend vom römischen Rechte dergleichen wechselseitige Dispositionen, wo jeder der Testatoren nicht blos über sein Vermögen, sondern auch über das des Anderen zu Gunsten dritter Personen verfügt, zulässig sind. Dafür spricht das so häufige Vorkommen solcher Verfügungen, namentlich unter Ehegatten. Es kann sein, daß, wie Beseler behauptet[817]), die wechselseitigen Testamente unter Ehegatten zum Theil die Stelle eingenommen haben, welche dem Erbeinsetzungsvertrage gebührte; es mag auch rathsam sein, daß, wie derselbe Schriftsteller an die Hand giebt, die Eheleute, wenn sie sich im Vertrauen auf ihre Beständigkeit fest binden wollen, lieber einen Erbvertrag schließen und mit gehöriger Vorsicht ihre vorhandenen oder noch zu erwartenden Notherben bedenken. Damit ist aber nicht geholfen. Da das Institut der wechselseitigen und correspectiven Testamente einmal existirt, so gilt es der richtigen Auffassung. Diese kann aber nicht rein aus dem Gesichtspunkte des römischen Rechtes geschehen, dem ja, wenigstens dem Justinianeischen Rechte, ohnehin dieses Institut unbekannt ist, und darum kann man hier Grundsätze, daß Niemand durch Vertrag auf die Freiheit, seinen

815) Sintenis, Civilrecht §. 178, N. 6, Bd. 3, S. 469.
816) Beseler, Erbverträge a. a. O. S. 340.
817) Beseler a. a. O. S. 336 flg.

letzten Willen zu ändern, verzichten könne, sowie daß ein Verzicht nicht zu vermuthen sei, nicht zur Anwendung bringen. Da nun nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes, welches die Erbverträge kennt, ein Verzicht auf die Freiheit der Aenderung des letzten Willens, mag dieser ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt werden, unbezweifelt zulässig ist, so kann der Erbschaftsantretung aus dem Testamente des Vorverstorbenen von Seiten des Ueberlebenden auch kein anderer Sinn beigelegt werden, als daß der Ueberlebende alle im Testamente enthaltenen Verfügungen, selbst insoweit sie sein eigenes Vermögen betreffen, anerkannt habe und habe anerkennen wollen, und es ist in dem Erbschaftsantritt eben eine schlüssige Handlung zu finden, aus welcher der Verzicht auf Abänderung der eigenen Verfügung zu entnehmen ist. Wir halten daher auch einen Widerruf der eigenen Disposition von Seiten des Ueberlebenden nach geschehenem Erbschaftsantritt für ganz unzulässig und unwirksam, und können ihm demnach die Folge, daß die Wirkung der Erbschaftsantretung dadurch aufgehoben werde, nicht zugestehen. Jede andere Ansicht führt unseres Erachtens zu Inconsequenzen. Auf der einen Seite soll die Erbschaftsantretung den Ueberlebenden verbinden, soweit das Testament Verfügungen über das Vermögen des Vorverstorbenen enthält; auf der anderen Seite nicht, soweit darin über das eigene Vermögen des Ueberlebenden verfügt wird, und es soll dem Ueberlebenden freistehen, durch Widerruf seiner eigenen Disposition denjenigen, welche durch den Erbschaftsantritt bereits Rechte gegen ihn erworben haben, nach Willkür solche wieder zu entziehen. Denkt man sich den Fall, daß der Ueberlebende beide Acte, den Erbschaftsantritt und den Widerruf seiner eigenen Disposition zu ganz gleicher Zeit erklärt, so muß doch einer von beiden Acten nothwendig eine Bedeutung und Wirkung haben; hier wären aber zwei einander direct entgegenstehende, mit einander gar nicht vereinbare, Erklärungen vorhanden, in der That also gar keine Erklärung. — Die Beschränkung des Ueberlebenden in der Disposition über sein eigenes Vermögen durch den Erbschaftsantritt aus dem Testamente des Vorverstorbenen bezieht sich aber nur auf die letztwillige Verfügung; keineswegs ist anzunehmen, daß die Testatoren einander in der Freiheit der Verfügung unter den Lebenden haben beschränken wollen[818]), da ja diese selbst durch Erbvertrag nicht ausgeschlossen wird. Indessen kommt hier alles auf die Willensmeinung des Testators an. Als Regel wird anzunehmen sein, daß dem Ueberlebenden freie Verfügung über sein eigenes Vermögen unter den Lebenden zustehe, soweit er nicht davon in fraudem fideicommissi Gebrauch macht; die Grenzen seines Verfügungsrechtes über das Vermögen des Vorverstorbenen hängen von dem Inhalte des Testamentes ab. Das Recht des Abzuges der sog. Trebellianischen Quart kann ihm im Zweifel nicht entzogen sein; nur darf er auch darüber nicht

818) Hasse a. a. O. S. 273 flg.

letztwillig verfügen. Umgekehrt kann ihm unbeschränkte Verfügungsbefugniß im Testamente gestattet sein. Soll der Ueberlebende nach dem Inhalte des Testamentes das bei seinem Ableben vorhandene Vermögen restituiren, so muß nach Analogie des fideicommissum eius, quod superfuturum est, mindestens ein Viertheil des von dem Vorverstorbenen erhaltenen Vermögens den Nacherben hinterlassen werden, und es wird deshalb auch der Ueberlebende zur Cautionsleistung verpflichtet sein, wenn ihm solche nicht ausdrücklich erlassen ist. Diese Trennung des beiderseitigen Vermögens widerspricht auch nicht dem vorher ausgeführten Resultate. Wenn auch der Ueberlebende das Recht auf seinen Nachlaß dem Substituten nicht entziehen darf, und insofern dieser Nachlaß mit dem des Vorverstorbenen ein ideales Ganze bildet, so ist doch damit eine Betrachtung beider Vermögensmassen als getrennt in anderer Beziehung nicht nur sehr wohl vereinbar, sondern solche entspricht auch der wahrscheinlichen Absicht der Disponenten und der juristischen Consequenz, da im Zweifel nie anzunehmen ist, daß Jemand auf die Freiheit, über das Seinige zu verfügen, gänzlich verzichtet habe, am wenigsten da, wo doch nur der künftige Nachlaß der eigentliche Gegenstand der Verfügung ist[819]). Alles bisher Bemerkte gilt nur von den eigentlichen correspectiven Testamenten. Indessen begründet der correspective Inhalt mehrerer Testamente an sich noch keine Correspectivität im rechtlichen Sinne; erst die äußere Verbindung macht es möglich, daß beide Testamente in Ansehung rechtlicher Wirkungen als Ein Geschäft angesehen werden. Ist das Testament außer Zweifel ein correspectives, so darf der Ueberlebende, welcher einmal die Erbschaft angetreten hat, die gemeinschaftliche Verfügung in keinem Punkte ändern; gleichgiltig ist hier, ob dieselbe seine Verwandten oder die des Vorverstorbenen betrifft. Wenden wir uns zu den noch übrigen Fällen und zwar erstlich zu dem Falle, wenn dem Ueberlebenden ein eigentlicher Miterbe gegeben worden ist. Tritt der Ueberlebende die Erbschaft an, so besteht seine Verbindlichkeit, die sein eigenes Vermögen betreffenden Verfügungen anzuerkennen, unverändert. Schlägt der Ueberlebende die Erbschaft aus, so könnte man wegen Correspectivität des Testamentes auch stets Aufhebung des Rechtes des Miterben anzunehmen geneigt sein. Es ist aber mit juristischen Grundsätzen die Annahme recht wohl vereinbar, daß blos der auf den Ueberlebenden und dessen Substitution bezügliche Theil des Testamentes hinfällig werde, also die Erbschaft des Vorverstorbenen vermöge des Anwachsungsrechtes vollständig an den Miterben komme, dem alsdann natürlich die Verbindlichkeit zur Erfüllung derjenigen Auflagen obliegt, welche allein auf dem Vermögen des Vorverstorbenen lasten. Denn durch die Ernennung von Miterben wird immer für den Fall, daß der eine oder andere der ernannten Erben nicht Erbe werden würde, die Intestaterbfolge ausgeschlossen, folglich

---

819) Mühlenbruch a. a. O. S. 242—244.

tritt hier der Miterbe nur an die Stelle des gesetzlichen Erben[820]). Dagegen kann nicht mit Mühlenbruch angenommen werden, daß auch nach der Absicht der Testatoren das Recht des Miterben mit der Correspectivität des Testamentes so genau verbunden sein könne, daß es ohne die Giltigkeit beider Verfügungen nicht bestehen könne. Er nimmt dieses namentlich in dem Falle an, wenn beide Testatoren einen und denselben Miterben ernennen und die Substitutionen gemeinschaftlich auf ihn und den Ueberlebenden beziehen; hier soll die Verfügung entweder nur vollständig oder gar nicht bestehen können, da eine Trennung der Vermögensmassen mit der Ausführung des Testamentes nicht vereinbar sei; daher soll das Recht des Miterben ebenfalls davon abhängig sein, daß auch der Ueberlebende Erbe werde. Dazu ist aber keine Nothwendigkeit vorhanden[821]). Es hindert nichts, daß auch hier der Miterbe vermöge des Anwachsungsrechtes an die Stelle des die Erbschaft ausschlagenden Ueberlebenden trete und die lediglich auf den Nachlaß des Vorverstorbenen gelegten Auflagen erfülle. — Bei Vermächtnißbestimmungen ist es zuvörderst von Einfluß, ob sie gemeinschaftlich angeordnet sind und die beiden Vermögensmassen belasten oder ob sie besonders von jedem Testator und in Beziehung auf das von ihm herrührende Vermögen errichtet sind. Im ersten Falle richtet sich Alles nach den für Universalsubstitutionen geltenden Grundsätzen. Im zweiten Falle ist in Ansehung der Vermächtnisse jede Verfügung als eine für sich bestehende zu behandeln. Die Verfügung des Ueberlebenden ist nun von selbst erloschen, weil der damit Belastete, der Vorverstorbene, überhaupt nicht Erbe geworden ist; er selbst muß aber dieselben von dem Vermögen des Verstorbenen entrichten[822]). Was die Zeit der Wirksamkeit und Fälligkeit der Vermächtnisse anlangt, so ist, ob hierbei auf die Zeit des Todes des Vorverstorbenen oder auf die des Todes des Ueberlebenden zu sehen sei, eine reine quaestio voluntatis, worüber zunächst der Inhalt der Disposition selbst entscheiden muß. Sind also die Vermächtnisse nach der ausdrücklichen Bestimmung der Disposition erst nach dem Tode des Ueberlebenden zu entrichten, so kann ein Recht auf das Vermächtniß erst mit diesem Zeitpunkte wirklich werden. Außerdem kommt auch hier die Regel zur Anwendung: cedit dies legati ex die mortis testatoris, venit ex die aditae hereditatis[823]).

---

820) Mühlenbruch a. a. O. S. 247 flg.

821) Gegen Mühlenbruch a. a. O. S. 248 erklärt sich Sintenis a. a. O.

822) Biener, Quaest. cap. 41. (in opusc. T. II. p. 186.) Mühlenbruch a. a. O. S. 248 flg.

823) L. 5. §. 1. L. 21. pr. D. 36. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 249 flg. gegen Biener, Interpretat. et Respons. cap. 31. (in opusc. T. II. nr. 109. p. 402. sq.), welche einen Unterschied macht, ob die Testirer in abgesonderten Testamenten oder in demselben Acte verfügten, und letzteren Falles annimmt, daß ein Recht auf das Vermächtniß erst mit dem Tode des Letztlebenden wirklich werde.

D. Inhalt des Testamentes[824]). Hier ist nur die Willenserklärung überhaupt zu betrachten. Hinsichtlich der Erbeinsetzung, der Nebenbestimmungen derselben, der Enterbung der Notherben, der Substitution und ihrer Arten ist auf die besonderen Artikel darüber zu verweisen. — Der Inhalt des Testamentes ist der Ausdruck des Willens des Testators. Es muß I. die Willenserklärung des Testators der Ausdruck seines eigenen, definitiven und wahren inneren Entschlusses sein. Er tritt nämlich hier gewissermaßen als Gesetzgeber auf und hat dabei also seine eigene Ueberzeugung walten zu lassen[824a]). Dies gilt von jeder letztwilligen Verordnung ohne Unterschied ihres Inhaltes. Es ist darin folgendes Einzelne begriffen: a) der Wille muß bestimmt und der eigene des Testators sein, d. h. von ihm selbst muß angeordnet sein, ob Jemand bedacht, wer bedacht und mit was er bedacht werden solle. Es kann daher der Inhalt des Testamentes nach einer oder allen Beziehungen weder direct dem Willen eines Anderen überlassen, noch von der Zustimmung desselben abhängig gemacht werden. Es ist dies meistens in Bezug auf die Erbeinsetzung gesagt[825]), gilt aber nicht weniger von Legaten[826]). Sehr bestritten ist die Frage, ob nicht diese Bestimmungen des römischen Rechtes durch das kanonische Recht abgeändert seien[827]). Es sagt nämlich eine Decretale Pabst Innocenz III. (cap. 13. X. III. 26.): Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Ausführlich hat Glück[828]) die verneinende Meinung zu begründen versucht, wogegen Schrader[829]) und Andere[830]) jene Frage bejahen. Die meisten Neueren stimmen in der Verneinung überein. Es ist dies auch, wenn man von dem Testamente ad piam causam absieht (siehe oben bei diesen Testamenten), die richtige Ansicht. Es kann erstlich gar kein Zweifel sein, daß das cap. 13 blos Geistliche angeht; denn der davon getrennte und im cap. 18. X. de verbor. significat. V. 40. befindliche erste Theil dieses Textes entscheidet die Frage, ob auch Canonici zu den Geistlichen gehören, von denen das cap. 13 spricht. Zweitens war es nur bei den Geistlichen Gewohnheit, daß sie die Verfügung über ihren Nachlaß und den ganzen Inhalt desselben der Verfügung eines treuen Freundes überlassen konnten, dessen Verfügung ebenso giltig war, als wenn dieselbe

---

824) Sintenis, Civilrecht §. 171, Bd. 3, S. 395 flg.

824a) Ulpian. Fragm. Tit. XXI. Tit. XXIV. §. 1.

825) L. 9. §. 9. L. 32. pr. L. 62. §. 1. L. 68. D. 28. 6.

826) L. 52. D. 35. 1. L. 23. §. 2. L. 68. D. 28. 6.

827) Vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 476 flg. Bd. 34, S. 1—23. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 103—105, 2. Aufl.

828) Glück, Innocentius III. in cap. 13. X. de testamentis iuri civili haud derogans. Erlang. 1784. Sect. II. (in Opusc. Fasc. I. p. 238.) und neuerdings in der Erl. der Pand. Bd. 34, S. 1 flg.

829) Schrader, Abhandl. aus dem Civilrechte Bd. 1, S. 71 flg.

830) Siehe die Citate bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 478, ferner Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1, S. 318 flg.

von dem Erblasser durch Testament getroffen worden wäre. Diese Gewohnheit wurde durch Concilienschlüsse und Statuten bestätigt[831]). Diejenigen, welchen diese Verfügung vom Erblasser aufgetragen war, hießen manufideles, testatores et ordinatores. Bei den Laien finden sich solche nicht, nur wenn sie ihren Nachlaß zu frommen Zwecken verwendet wissen wollten, kam etwas Aehnliches vor, indem, wenn sie selbst nichts näheres bestimmt hatten, die Bischöfe Executoren des letzten Willens waren. Der Grund, weshalb die Geistlichen, wenn sie nicht selbst testirten, die Verfügung über ihren Nachlaß Anderen überließen, war theils, um ihren Nachlaß gegen die im Mittelalter so gewöhnlichen Ausplünderungen zu sichern, theils um den Bischof auszuschließen, wenn dieser durch päbstlichen Indult das Recht erhalten hatte, den Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Geistlichen seiner Diöcese einzuziehen und dann nach Gefallen darüber zu verfügen (ius spolii). Ein solches Privilegium hatte auch der Bischof von Auxerre, an welchen das cap. 13 gerichtet ist, erhalten. Um das bischöfliche Spolienrecht auszuschließen, behaupteten die Domherren des Stiftes Auxerre erstens, sie wären nicht unter den Clerici begriffen, von denen das päbstliche Privilegium spreche, Canonici wären davon verschieden; dann, das Privilegium spreche auch nur von clericis ab intestato decedentibus; von Geistlichen aber, welche manufideles ernannt und mit der Verfügung über ihren Nachlaß beauftragt hätten, könne man nicht sagen, daß sie ab intestato sterben. Zur Beendigung dieses Streites zwischen dem Bischof und seinen Domherren rescribirte nun der Pabst in dem cap. 18, daß zwar in Ansehung der ersten Frage unter der Benennung Clerici auch Canonici begriffen wären, hinsichtlich der anderen Frage aber, von dem, welcher seinen letzten Willen der Verfügung eines Anderen überlassen habe, nicht gesagt werden könne, er sei intestatus gestorben. Hiernach enthält das cap. 13 blos eine authentische Auslegung des dem Bischof von Auxerre ertheilten Privilegiums, wie aus den Anfangsworten des Textes ganz deutlich hervorgeht, und die Entscheidung in den letzten Worten: quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus, bezieht sich unzweifelhaft auf die bereits bemerkte damalige Gewohnheit der Geistlichen, manufideles zu ernennen und ihrer Verfügung die Verwendung ihres Nachlasses zu überlassen, ohne selbst darüber eine Bestimmung zu treffen. Eine solche Anordnung des Nachlasses durch manufideles war nach dem kanonischen Rechte auch von Wirkung[832]). Der Pabst hatte bei seiner Entscheidung nicht die Absicht, das römische Recht abzuändern, und konnte sie nicht haben, da er nach einem damals längst bestehenden,

---

831) Dergleichen führt an Schrader a. a. O. S. 78 flg.

832) Vgl. darüber sowie über das Institut der manufideles überhaupt: Dürr, diss. de manufidelibus in specie ecclesiasticorum tum principum, tum privatorum in Germania. Mogunt. 1762. (in Schmidt, Thes. iur. eccles. T. VI. p. 328. sq.

aber doch nur bei der Geistlichkeit gebräuchlichen Gewohnheitsrechte entschied. Wenn dagegen Schrader behauptet, daß dieser ursprüngliche Sinn der Decretale durch die in der Decretalensammlung Gregor IX. ihr gegebene Fassung sich wesentlich verändert habe und hiernach es allerdings einem Jeden gestattet sein müsse, durch einen Anderen zu testiren, so ist dies nicht zu rechtfertigen. Es ist nämlich festzuhalten, daß auch zur Zeit dieser Decretalensammlung Niemand daran dachte, den Laien ein solches Recht einzuräumen, während es ein ganz bekanntes Privilegium der Geistlichen war, und daß für jene Zeit gar kein Mißverständniß besorgt werden konnte, wenn auch anscheinend allgemein gesagt war: wer seinen letzten Willen der Disposition eines Anderen überläßt (nämlich der Geistliche, welcher dies thut, da an Laien, denen dieses Recht nicht zustand, nicht gedacht werden konnte), der soll nicht als ab intestato verstorben angesehen werden. Kurz auch in der Fassung, in welcher das cap. 13 in der Gregorianischen Sammlung vorkommt, ist als Gegenstand der Entscheidung nicht die Frage anzusehen, ob es erlaubt sei, seinen letzten Willen der Disposition eines Anderen anheim zu stellen, sondern vielmehr die Frage, welche Wirkung es habe, wenn Jemand (welcher das Recht dazu hat) in der bemerkten Weise testirt. Diese Auslegung, welche nicht nur möglich, sondern viel mehr als dieses ist, verdient unbedingt den Vorzug vor der anderen, da Abänderungen des römischen Rechtes durch das kanonische überhaupt nicht und am wenigsten dann zu vermuthen sind, wenn sie so tief in das Leben eingreifen, wie die von Schrader behauptete; denn unverkennbar würde, wenn wirklich nach jener Decretale Jemand dem Anderen die Verfügung über seinen Nachlaß überlassen könnte, das römische testamentarische Erbrecht in seinen Grundfesten erschüttert werden und die größte Verwirrung in der Testamentslehre daraus entstehen. Daher hat sich auch die gemeine Meinung stets für die hier angenommene Ansicht ausgesprochen und sie ist in der Praxis allein herrschend[833]. Diesem gemäß ist auch die Frage, ob ein Testament durch Beantwortung von Fragen, welche dem Testator vorgelegt werden, errichtet werden könne, durchaus zu verneinen. Dagegen unterliegt es keinem Bedenken, daß sich die Zeugen bei einem mündlichen Testamente durch Fragen von der Willensmeinung des Testirers, wenn sich derselbe bei dem Vortrage seines letzten Willens nicht deutlich genug ausgesprochen haben sollte, genauer zu unterrichten suchen, sowie er auch, wenn er seinen letzten Willen einem der Zeugen dictirt hätte, von demselben befragt werden kann, ob er ihn richtig gefaßt habe, was der Testator immerhin bejahen mag[834]. — Wenn nun auch nach dem früher Bemerkten der Inhalt des Testamentes weder direct der Willkür eines Anderen überlassen, noch von der Zustimmung desselben abhängig gemacht werden kann, so

833) Glück a. a. O. Bd. 34, S. 14 flg. Vangerow a. a. O. S. 104 flg.
834) Glück a. a. O. Bd. 34, S. 23 flg.

ist dies doch indirect dadurch möglich, daß eine Honorirung von der willkürlichen Handlung eines Anderen als Bedingung abhängig gemacht werden kann, und diese Möglichkeit gehört in der That nothwendig zum vollständigen Inbegriff der durch letztwillige Anordnungen mit Rücksicht auf die Umstände zu erreichenden Zwecke; es kann deshalb sogar eine Honorirung von einer willkürlichen Handlung des Onerirten, dem Erfolge nach also zu dessen Strafe, wäre diese auch nicht gerade beabsichtigt, abhängig gemacht werden[835]). Im älteren Rechte war zwar ein poenae nomine relictum oder eine adiectio coheredis poenae loco unstatthaft; im neuesten römischen Rechte sind sie zulässig[836]). Während für das praktische Recht soweit alles klar ist, erregen drei Stellen, sämmtlich von Ulpian, Schwierigkeiten[837]), indem man darin einen Widerspruch gegen den Hauptsatz gefunden und die vielfältigsten Versuche zur Hebung desselben gemacht hat[838]). — Der Testator kann nur eine be-

835) L. 23. §. 2. L. 68. D. 28. 5. L. 52. D. 35. 1.

836) §. 36. Inst. II. 20. L. un. C. VI. 41. verglichen mit Dig. de his, quae poenae nomine (34. 6.)

837) L. 1. pr. D. 31. L. 43. §. 2. D. 30. L. 46. §. 2. D. 40. 5.

838) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 33, S. 441—446. Sell, Versuche Th. 2, S. 283 flg. Vangerow a. a. O. S. 100 flg. Sintenis a. a. O. N. 4, S. 397. Bei Glück und Vangerow finden sich auch die zahlreichen Schriften darüber angeführt. Man ist aber, besonders nach Glück's Vorgang (siehe auch Vangerow a. a. O.), darüber einverstanden, daß kein Widerspruch vorliege. In L. 1. pr. D. 31. tritt Ulpian dem allgemein anerkannten Unterschiede zwischen dem reinen Belieben (voluntas, mera voluntas) und der willkürlichen Handlung eines Anderen (si Capitolium adscenderit) nicht entgegen, sondern bejaht eben nur die indirecte Möglichkeit, vermöge der willkürlichen Handlung eines Anderen eine Honorirung von dessen Willen in der That abhängig zu machen, will aber damit nicht die directe Möglichkeit behaupten. In L. 43. §. 2. D. 30. ist die aliena voluntas wieder ebenso als indirecte gemeint. Wenn aber darin unterschiedsweise gelehrt wird, legatum in heredis potestate poni non posse, daß also ein Legat nicht in die willkürliche Handlung des Erben gestellt werden könne, so ist dies von der Zeit Ulpian's zu verstehen, zu welcher es darum nicht geschehen konnte, weil ein solches Legat als legatum poenae nomine relictum erschien und daher nichtig war. Gai. Inst. Comm. II. §. 235. §. 36. Inst. II. 20. und Theophil. ad h. l. Die verschiedenen Auslegungen über das Verhältniß der L. 11. §. 5. D. 32. und L. 3. D. 31. hierzu (siehe Glück und Vangerow a. a. O. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, §. 20, Anm. 45, S. 176) können unerwähnt bleiben. Denn mit der durch Justinian in L. un. C. VI. 41. eingeführten Statthaftigkeit der poenae nomine relicta ist aller weitere Streit darüber überflüssig. Am weitesten scheint L. 46. §. 2. D. 40. 5. abzuweichen. Sie enthält aber ohne Zweifel nur wegen des so häufig vorkommenden favor libertatis eine Ausnahme vom strengen Rechte bei der fideicommissaria libertas, was insbesondre noch durch die schwankende Fassung: mihi videtur posse dici, Unterstützung erhält. S. Glück a. a. O. S. 474 flg. Sell a. a. O. S. 286 flg. Vangerow a. a. O. S. 102. Dagegen findet Puchta, Pand. §. 472, N. 1 dies nicht in Uebereinstimmung mit der Argumentation des Juristen, sondern erklärt die Stelle aus einer darin bestehenden Eigenthümlichkeit der Fideicommisse: daß man dabei nicht, wie Savigny, System Bd. 3, S. 133 lehre, von dem Principe entbunden, sondern nur die bloße Fassung der Bedingung auf si voluerit zugelassen sei. In Berücksichtigung jedoch des pr. der L. 46. D. 40. 5.,

stimmte Person honoriren; es ist dies jedoch näher dahin zu bestimmen, daß auch eine nicht schon individuell kenntliche Person honorirt werden darf, sobald nur die Voraussetzungen und Bedingungen vorliegen, unter welchen die Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann und wird, indem der Testator dann eventuell immer eine bestimmte Person vor Augen gehabt hat[839]). Auch leidet jener Satz, daß der Testator nur eine bestimmte Person honoriren kann, insofern eine Ausnahme, als, wenn Mehrere alternativ ohne nähere Bestimmung der Wahl honorirt worden sind, Alle neben einander als berufen angesehen werden sollen[840]). Sobald dagegen durch den Willen des Testators in den angegebenen drei Richtungen, ob, wem und was zu Theil werden solle, gewisse Grenzen gezogen sind, kann er innerhalb derselben die nähere Bestimmung einem Dritten überlassen. Hiernach kann aa) der Testator dem Ermessen und Erachten eines Dritten unter Berücksichtigung der Umstände die Frage, ob eine Honorirung geschehen solle, anheimgeben, wenn es auch einer der Onerirten selbst ist, und sonach von dessen Beurtheilung der Verhältnisse und der Sachlage eine letztwillige Anordnung abhängig

---

welche Stelle ganz von fideicommissarischen Freilassungen handelt, kann man hier nicht eine bloße Form als verstanden annehmen, sondern es ist der Gegensatz der fideicommissaria libertas zu jedem anderen Object direct ausgesprochen. Sintenis a. a. O. Bd. 3, §. 171, N. 4, S. 397. Noch wichtiger ist die abweichende Meinung von Savigny a. a. O. S. 133 flg. Obwohl er nämlich die Ungiltigkeit der Erbeinsetzung und des Legates, wenn dieselben von dem bloßen Willen eines Dritten abhängig gemacht werden, auf Grund der formellen Stellung des Testators als gewissermaßen eines Gesetzgebers anerkennt, so will er doch diesen Grund für Fideicommisse nicht gelten lassen, weshalb diese auch geradezu von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden könnten, weshalb er sich auf die schon berührte L. 46. §. 2. D. 40. 5. beruft. Nach der vorher gegebenen Erklärung dieser Stelle kann aber aus ihr ein solches Resultat nicht gezogen werden. Endlich glaubt Savigny sogar (S. 134, N. 5), es wäre consequent gewesen, dieses freie Recht der Fideicommisse auch auf Erbeinsetzungen nach L. 15. C. VI. 23. auszudehnen; diesem ständen aber die Digestenstellen (L. 68. D. 28. 5. L. 52. D. 35. 1.) entgegen; auf Legate müsse es aber wohl angewendet werden, da zwischen diesen und Fideicommissen aller Unterschied gänzlich aufgehoben sei. Allein die angeführte Codexstelle giebt dafür keinen Anhaltspunkt und L. 46. §. 2. D. 40. 5. enthält eben blos eine Ausnahme bei der fideicommissaria libertas, aus welcher deshalb sich kein allgemeiner Lehrsatz ableiten läßt. Sintenis a. a. O. S. 398. Diesen Gründen ist noch hinzuzufügen, daß gerade bei dem Vermächtnisse der Freiheit der Unterschied zwischen Legat und Fideicommiß selbst noch im neuesten römischen Rechte seine praktische Bedeutung hat und also selbst für dieses noch die Abweichung in der L. 46. §. 2. D. 40. 5. zu Gunsten der fideicommissaria libertas im Gegensatze der libertas legata festzuhalten ist.

839) Ueber die incertae personae wird in der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit gehandelt. Vgl. Arndts in dem Art. Erbeinsetzung Bd. III, S. 911—915 und Heimbach sen. über Justinian's Constitution de incertis personis in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Neue Folge Bd. V, S. 1—103. Im gegenwärtigen Zusammenhange ist überall an schon existirende Personen gedacht. S. §. 25—27. Inst. II. 20.

840) L. 4. C. VI. 38.

machen[841]). Er kann ferner bb) die Auswahl der zu honorirenden Person aus einer Anzahl bestimmter Personen einem Dritten, selbst dem Onerirten[842]), oder die Bestimmung des Gegenstandes aus mehreren[843]) oder seines Umfanges mit Rücksicht auf vorwaltende Umstände, nach gutachtlichem Ermessen[844]), und die Zeit der Leistung überlassen[845]). Die Folgen sind hier folgende. Erscheint der Ausfall des gutachtlichen Ermessens dem eventuell Honorirten nachtheilig, so kann er ihn zur richterlichen Entscheidung bringen, überhaupt sich auf dieselbe berufen, wenn das gutachtliche Ermessen ganz unterbleiben sollte; bei unterbleibender Auswahl der Person werden alle als honorirt neben einander angesehen[846]); bei unterbleibender Auswahl des Gegenstandes geht das

---

841) Dies ist das arbitrium boni viri. Siehe L. 75. pr. D. 30. L. 1. §. 1. L. 24. D. 31. L. 11. §. 7. D. 32. L. 46. §. 2. 3. D. 40. 5. Die erste, vierte und fünfte Stelle (§. 3. 4. L. 46 D. 40. 5.) erwähnt Savigny, Syst. Bd. 3, S. 132 flg., N. k., neben L. 43. §. 2. D. 30. zum Beweise des Satzes, daß ein an die Bedingung der Einwilligung des Erben geknüpftes Legat ungiltig sei, mit dem Bemerken, daß die darin vorkommenden unbestimmteren Ausdrücke: si iustum putaverit, si aestimaverit, als nichtssagende Höflichkeitsformen, nicht als Bedingungen ausgelegt und so die Legate unter solchen aufrecht erhalten worden seien. Er ignorirt also den Unterschied zwischen nuda voluntas und arbitrium boni viri und stellt ihn mithin völlig in Abrede, während Andere mit Recht diesen Unterschied als sehr wesentlich festhalten, wie Vangerow a. a. O. S. 102 flg. Sintenis a. a. O. S. 398, N. 4. Die am Anfange der Note angeführten Stellen sprechen nur vom arbitrium boni viri des Erben bei Legaten. Manche beschränken daher die Zulässigkeit des arbitrium boni viri auf Legate, z. B. Göschen, Vorlesungen Bd. 3, Abth. 2, S. 57. Mühlenbruch, Pandekten §. 645, ohne die Ausdehnung auf die Erbschaft und Erbtheile ausdrücklich in Abrede zu stellen; Andere machen bei der Darstellung keinen Unterschied, wie Vangerow a. a. O. S. 102. Sintenis a. a. O. §. 171, N. 7, S. 399. Letzterer hält die Ausdehnung auf Erbschaften und Erbtheile wegen des organischen Zusammenhanges mit den übrigen hierher gehörigen Bestimmungen, welche zwischen Erbschaft und Legat nicht unterscheiden, für unbedenklich, wozu noch komme, daß es in der That auf Eins hinauskomme, indem ja ein Legat möglicherweise viel größer als ein Erbtheil sein und die Restitution auch die ganze Erbschaft betreffen könne. Wir müssen der ersten Ansicht beipflichten und das arbitrium boni viri blos auf Legate beschränkt halten; daß es in Bezug auf Erbschaften und Erbtheile von den römischen Juristen nicht erwähnt wird, ist unseres Erachtens der sicherste Beweis dafür, daß es bei Erbschaften und Erbtheilen nicht für zulässig gehalten wurde und die Bestimmung darüber stets vom Testator selbst auszugehen hatte. Ueberdies kann der Testator ebensowohl das arbitrium boni viri des Onerirten, als das eines Dritten eintreten lassen. L. 3. §. 1. C. VI. 43.

842) L. 67. §. 7. L. 77. §. 4. D. 31. L. 7. §. 1. D. 34. 5. L. 17. §. 6. D. 36. 1. Auch hier ist dieselbe Beschränkung anzunehmen, da diese Bestimmung nur in Anwendung auf Legate, aber auch auf Universalfideicommisse vorkommt. Dagegen nehmen Vangerow a. a. O. S. 103, Puchta, Vorlesungen Th. 2, S. 342, Sintenis a. a. O. N. 8, S. 399 jene Beschränkung nicht an.

843) L. 110. D. 30. L. 3. §. 1. C. VI. 43.

844) L. 1. §. 1. D. 31.

845) L. 46. §. 4. D. 40. 5.

846) L. 24. L. 77. §. 4. D. 31. L. 7. §. 1. D. 34. 5.

Wahlrecht auf den Honorirten über[847]); ist die nähere Bestimmung des Gegenstandes dem Ermessen eines Anderen oder des Honorirten überlassen worden, so kann der Honorirte bei dessen Ausbleiben oder ihn nicht zufrieden stellendem Resultate richterliche Hilfe anrufen[848]); endlich bei unterbleibender Bestimmung der Zeit der Leistung tritt diese mit dem Tode desjenigen ein, welchem die Bestimmung überlassen war[849]). — Soll der letzte Wille schriftlich erklärt werden, so kann dies sowohl vom Testator selbst, als auch von einem Dritten (testamentarius) geschehen. Für den letzteren Fall ist die Bestimmung des SC. Libonianum, vom J. 769 nach Roms Erbauung, von Bedeutung[850]). Dadurch wurde bestimmt, daß jede zu Gunsten des testamentarius gereichende, von diesem selbst niedergeschriebene, Disposition ungiltig sein solle, wozu noch ein Edict von Claudius dem testamentarius in einem solchen Falle die Strafen der lex Cornelia de falsis androhte. Im einzelnen kommt dabei folgendes in Betracht: aa) Es macht keinen Unterschied, ob die letztwillge Verfügung, in welcher die Adscription geschehen ist, giltig ist oder nicht, nur muß das Testament perfect sein[851]). bb) Dem gesetzlichen Verbote unterliegen alle Personen, selbst die Kinder und der Patron des Testators, obwohl ihnen im Falle der Präterition die bonorum possessio contra tabulas zusteht, welche sie, wenn sie gegen das Gesetz fehlen, verlieren[852]). Selbst wenn der testamentarius einem Anderen erwirbt, z. B. als Kind in väterlicher Gewalt dem Vater, tritt die Vorschrift des Gesetzes ein, wobei es keinen Unterschied macht, ob er sich selbst oder seinem Vater oder demjenigen, welcher mit ihm in derselben väterlichen Gewalt steht, ein Legat zuschreibt[853]). cc) Dem gedachten Gesetze unterliegt jede Verfügung, wodurch der Schreiber irgend einen Vortheil erhält, also nicht nur, wenn er sich ein Legat zuschreibt, sondern auch, wenn er als eingesetzter Erbe die Enterbung der Söhne oder den Widerruf eines Legates niederschreibt, oder wenn er das frühere Codicill, in welchem ihm ein Legat hinterlassen war, confirmirt[854]). dd) Es ist gleichgiltig, ob der Vortheil dem Schreiber unmittelbar oder mittelbar zufällt. Adscribirt er also demjenigen, durch welchen er erwirbt, so trifft ihn die Strafe des SC., aber doch nur inso=

---

847) L. 3. §. 1. C. VI. 43.

848) Arg. L. 79. D. 17. 2. L. 25. pr. D. 19. 2.

849) L. 67. §. 7. D. 31. L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. 32.

850) Vgl. Dig. Lib. XLVIII. Tit. 10. Cod. Lib. IX. Tit. 23. Schriften darüber sind: Massow, de his, qui sibi adscribunt in testamento, ad explicationem SCti Liboniani. Lips. 1731. Marckart, de his, qui sibi ad scribunt in testamento (in Exercit. academ. nr. 3.). Daniels, de SCto Liboniano eiusque usu hodierno. Bonn. 1791. Siehe auch Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 109 flg.

851) L. 6. pr. D. 48. 10.

852) L. 6. §. 3. L. 14. §. 2. D eod.

853) L. 10. pr. D. eod.

854) L. 6. §. 1. 2. L. 22. §. 6. 7. D. eod.

fern er wirklich erwirbt; mithin nicht, wenn er dem Sclaven für den Fall der Freiheit oder dem Sohne für den Fall der Emancipation ein Legat zuschreibt[855]). Unschädlich ist es, wenn er sonst nahe verwandten Personen, wie der Mutter oder seinem emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohne oder seiner Ehefrau, einen Vortheil zuschreibt[856]), sowie er ebenfalls dem Gesetze nicht zuwider handelt, wenn er einem extraneus adscribirte, welchen er später in seine Gewalt bekommt[857]). ee) Bei Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz tritt außer der Strafe der lex Cornelia de falsis Ungiltigkeit der Verfügung insoweit ein, als sie dem Schreiber zum Vortheile gereicht; sie wird insoweit für nicht geschrieben angesehen (pro non scripto habetur)[858]). Es bleibt also das Vermächtniß, mit welchem der Schreiber und ein Dritter gemeinschaftlich bedacht sind, in Ansehung des Dritten bei Kräften sowie auch die Substitutionen und fideicommissarischen Restitutionen aufrecht erhalten werden[859]). ff) Die ganze Vorschrift beruht auf der Ansicht, daß es sich für einen ehrliebenden Mann nicht schicke, dadurch, daß er in einem von ihm geschriebenen fremden Testamente sich selbst bedenke, der Erbschleicherei sich verdächtig zu machen, und es galt dies für so sich von selbst verstehend, daß selbst Irrthum in Beziehung auf das Gesetz keinen Unterschied begründet[860]). Consequenter Weise wurde angenommen, daß das Gesetz auch dann Anwendung leide, wenn der Schreiber bewiesener Maßen den Willen des Erblassers niedergeschrieben hat; nur bei Sclaven und Haussöhnen trat eine Abweichung ein, weil diese dem Befehle des Herrn oder Vaters Folge leisten mußten, und auch hier mußte die eigenhändige Unterschrift des Gewalthabers den Befehl ergeben[861]). Kaiserliche Constitutionen gingen aber weiter. Nach ihnen soll auch bei einem extraneus das Legat giltig sein, wenn der Testator eigenhändig bezeugt, daß er ihm das Vermächtniß hinterlassen habe; wogegen, wenn der Erblasser blos das Dictiren bezeugt, nur die Strafe der lex Cornelia wegfällt, aber das Legat ungiltig bleibt[862]). Nur die Strafe fällt weg, wenn der Haussohn oder Sclave auf Befehl des Erblassers die Verfügung niederschreibt, ohne daß dieser es eigenhändig bestätigt[863]). Auch Irrthum befreit von der Strafe, wenn die Tochter im Testamente ihrer Mutter oder der Soldat im Testamente seines Kameraden dem Gesetze zuwider handelt[864]). Gar keine Anwendung

855) L. 15. pr. L. 11. pr. L. 22. §. 1—5. D. eod. Vgl. auch L. 4. pr. §. 1. D. 34. 8.
856) L. 11. §. 1. L. 18. pr. L. 22. §. 2. D. 48. 10.
857) L. 10. § 1. D. eod.
858) L. 1. D. 34. 8.
859) L. 1. 5. D. 34. 8. L. 14. §. 1. 2. L. 17. D. 48. 10.
860) L. 15. pr. D. 48. 10. L. 3. C. IX. 23.
861) L. 14. pr. L. 15. §. 1. 3. L. 22. §. 9. D. D. 48. 10.
862) L. 15. §. 1. D. eod. L. 2. C. IX. 23.
863) L. 6. C. eod.
864) L. 15. §. 5. D. eod. L. 5. C. eod.

leidet das ganze Gesetz, wenn der Schreiber der einzige Intestaterbe ist[865]. b) Die nothwendige Erklärung des Willens muß dem Willen entsprechen, ihn wirklich ausdrücken[866]. Vor allem muß sie daher auf der Absicht zu testiren beruhen, diese Absicht also eine ernstliche und demgemäß hierzu die erforderliche Form gewählt sein[867]. Zur Uebereinstimmung des Willens mit dessen Ausdruck gehört zwar unbedingt, daß der Ausdruck den Willen bestimmt kenntlich mache; jedoch wird nicht der Gebrauch der geeignetsten oder gar wissenschaftlichen Kunstausdrücke und Bezeichnungen, sondern nur verlangt, daß der Ausdruck verständlich und nicht so zweideutig sei, daß selbst Auslegung nicht zu einem sicheren Resultate hinsichtlich seines Inhaltes führt[868]. Wer etwas Anderes sagt, als er will, sagt weder das, was das Wort bedeutet, weil er es nicht will, noch das, was er will, weil er das, was er will, nicht sagt[869], und was so ausgedrückt ist, daß man es nicht verstehen kann, gilt als nicht gesagt und nicht geschrieben[870]. Wenn daher eine andere Person den Worten nach honorirt worden ist, als welche der Testator wirklich im Sinne hatte, so gilt weder sie als honorirt, weil der Testator das nicht wollte, noch die Person, welche er wollte; auch in Ansehung der Gegenstände gilt dasselbe[871]. Nähere Bestimmungen der Regel sind folgende: aa) die honorirten Personen müssen so deutlich bezeichnet sein, daß nicht bezweifelt werden kann, wer gemeint sei[872]. Hat der Testator einen Namen, welchen mehrere führen, ohne nähere Bezeichnung der Person, welche er wirklich gemeint hat, genannt, so gilt die Erbeinsetzung nicht, wenn nicht erwiesen werden kann, wer wirklich gemeint sei[873]. Bloße Irrungen im Namen, Vornamen oder Zunamen und Beinamen sind unschädlich, wenn Gewißheit darüber vorhanden ist, wer vom Testator gemeint worden sei[874]; dasselbe gilt von Eigennamen in jeder Anwendung, also auch auf Besitzungen[875]. Benennung des Erben mit Namen ist nicht nöthig; es genügt jede unzweifelhafte Bezeichnung oder Beschreibung, sobald sie nur kein Schimpfwort ist[876]; wird hingegen dem Namen eine schimpfliche Bezeichnung beigefügt, so ist dies der Erbeinsetzung unschädlich[877]. Eine unrichtige Bezeichnung schadet nichts, wenn sich der Wille des Testators nur sonst

865) L. 1. C. eod.
866) L. 3. D. 34. 5. L. 4. pr. D. 30.
867) L. 24. D. 29. 1. L. 17. D. 29. 7.
868) L. 2. D. 34. 8. L. 73. §. 3. D. 50. 17. L. 3. D. 34. 5.
869) L. 3. D. 34. 5.
870) L. 2. D. 34. 8. L. 73. §. 3. D. 50. 17.
871) L. 9. pr. §. 1. D. 28. 5.
872) L. 9. §. 9. D. 28. 5.
873) L. 62. §. 1. D. 28. 5. L. 33. §. 1. D. 35. 1.
874) L. 48. §. 3. D. 28. 5. L. 4. C. VI. 23.
875) L. 4. pr. D. 30. L. 7. §. 2. D. 33. 10. L. 7. §. 1. C. VI. 37.
876) L. 9. §. 8. L. 58. pr. D. 28. 5.
877) L. 48. §. 1. D. 28. 5. und dazu Mühlenbruch in der Fortſ. von Glück Bd. 40, S. 197, N. 72.

sicher erkennen läßt[878]). Ebensowenig ist die Angabe einer unrichtigen Eigenschaft oder eines falschen Beweggrundes von Nachtheil, außer wenn über den letzteren der Testator selbst sich im Irrthum befand und er durch diesen Irrthum zu der letztwilligen Verfügung bewogen worden ist[879]). Es kann sogar die Bestimmung, welche Person honorirt sein solle, von einem gewissen Umstande, einer Eigenschaft, einem Ereignisse, einem Zufalle abhängig gemacht werden, so daß der Testator sie individuell sich gar nicht vergegenwärtigt, sondern nur dieses Moment als Vermittelung seines Willens vor Augen gehabt hat, und es dann auf dessen Feststellung ankommt, wozu freilich das Testament bestimmte Angaben und Mittel enthalten muß[880]). bb) In Bezeichnung der Gegenstände der Honorirung ist Sicherheit und Bestimmtheit auch im Ausdrucke wenigstens insofern erforderlich, als die Bezeichnung dem Begriffe entsprechen muß, welcher nach dem Sprachgebrauche und im gemeinen Leben damit verbunden wird; außerdem ist eine unrichtige Bezeichnung unnütz, wenn auch der Testator in der Meinung gestanden hätte, daß er damit den Gegenstand bezeichne, worüber er wirklich hat verfügen wollen[881]). Nur wenn vom Testator eine andere Summe oder Quote bezeichnet worden ist, als welche er erweislich gewollt hat, wird die Absicht des Testators dem schriftlichen Ausdrucke vorgezogen[882]); hat er der Summe eine besondere Eigenschaft, welche sie nicht hat, beigelegt oder die Summe größer angegeben, als sie wirklich ist, so ist dieses unerheblich[883]). cc) Ist eine letztwillige Verfügung mit einer Bedingung verknüpft, so gilt, wenn die Honorirung von einer Bedingung abhängig gemacht worden ist, welche der Testator nicht beabsichtigte, der Zusatz für nicht hinzugefügt; umgekehrt ist, wenn eine Bedingung nicht beigefügt worden ist, welche der Testator erweislich beizufügen beabsichtigte, die Verfügung als eine unvollständige nichtig[884]); wenn hingegen der Testator nur erklärt hat, er werde eine unbedingt geschehene Verfügung noch von einer Bedingung abhängig machen, ohne dies wirklich zu thun, so bewendet es bei der unbedingt geschehenen Verfügung[885]). c) Die Erklärung des Willens muß fertig und vollendet worden sein; ein Erforderniß, welches sich sowohl auf die Form als den Inhalt des Testamentes bezieht. Der nothwendigen äußeren verschiedenartigen Formen der Testamente ist bereits Erwähnung geschehen. Die geringste Unvollständigkeit in der nothwendigen Form steht hier dem gänzlichen Mangel gleich. Ueber das Weitere wird später

878) §. 29. Inst. II. 14. L. 48. §. 3. D. 28. 5. L. 5. C. VI. 24. L. 33. pr. L. 34. pr. D. 35. 1.

879) L. 9. pr. D. 28. 5. L. 4. C. VI. 24. L. 72. §. 6. D. 35. 1.

880) §. 25. 27. Inst. II. 20.

881) L. 4. pr. D. 30. L. 9. §. 1. D. 28. 5.

882) L. 9. §. 2—4. D. 28. 5.

883) L. 3. 5. C. VI. 44.

884) L. 9. §. 5. D. 28. 6.

885) L. 8. C. VI. 25.

gehandelt werden. II. Wie auf andere Rechtsgeschäfte können auch bei Testamenten fremdartige Einflüsse auf die Willensbestimmung des Testators insofern von Bedeutung sein, als die Giltigkeit und Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung davon abhängen kann. 1) Was die Einwirkung des Zwanges auf letztwillige Verfügungen anlangt[886]), so sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Wurde Jemand durch Zwang oder Bedrohung an Errichtung, Aufhebung oder Abänderung eines Testamentes verhindert, so wird, wenn der Zwang von sämmtlichen berufenen Erben ausgeübt wird, die ganze Erbschaft confiscirt und auch die Dritten hinterlassenen Vermächtnisse werden nicht geleistet[887]). Wenn neben dem Zwingenden noch andere berufene Erben vorhanden sind, so tritt der Fiscus nur an die Stelle des Zwingenden; die Theile der Uebrigen und damit auch die darauf gelegten Vermächtnisse bleiben unverkürzt[888]). Rührt der Zwang von Jemandem her, welcher an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes gar kein Vermögensinteresse hat, so bleibt die Erbschaft vollständig bei den berufenen Erben und nur diejenigen, welche erweislich durch den Zwang Schaden gelitten haben, können dessen Ersatz vom Zwingenden fordern; es wird dies aber nur dann stattfinden können, wenn völlig feststeht, wer honorirt und wie viel ihm zugewendet werden sollte. Dazu genügt aber nicht, daß der Erblasser sich hierüber erklärt hat, indem er seinen Willen immer noch ändern konnte. Die Klage auf Schadenersatz wird hier nicht die quod metus causa actio sein können, weil diese ihrer Natur nach nur dem Gezwungenen oder Bedrohten zusteht sowie seinen Erben, sondern vielmehr die actio de dolo, indem in dem Zwange auch dolus im weiteren Sinne liegt, daher die actio de dolo da stattfindet, wo die quod metus causa actio unanwendbar war[889]). b) Ist der Erblasser zur Errichtung oder Abänderung eines letzten Willens gezwungen worden, so ist nach der einen, von Vielen gebilligten Ansicht die erzwungene letztwillige Verfügung völlig nichtig[890]); nach einer anderen soll die Portion des in der erzwungenen Disposition Bedachten an den Fiscus fallen[891]). Die letztere Ansicht ist die richtigere. Die erstere Ansicht stützt man theils auf das angeblich allgemeine Princip, daß alle erzwungenen Geschäfte regelmäßig nichtig seien, theils auf eine

886) Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. Cod. Lib. VI. Tit. 34. Vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 426 flg. Mühlenbruch Fortf. von Glück Bd. 43, S. 485 flg. Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1, S. 337 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 94 flg.

887) L. 19. D. 34. 9.

888) L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. D. 29. 6.

889) L. 14. §. 3. D. IV. 2.

890) Glück a. a. O. Bd. 33, S. 429 und die dort N. 54 Angeführten. Mühlenbruch, Pandekten §. 644 und Forts. von Glück Bd. 43, S. 485. Noch Andere führt an Vangerow a. a. O. S. 95.

891) Vgl. die Citate bei Glück a. a. O. S. 426, N. 51. Roßhirt a. a. O. §. 10, S. 437 flg. Puchta, Pandekten §. 465. Vangerow a. a. O. S. 95. Sintenis, Civilrecht §. 171, N. 53b, Bd. 3, S. 407.

Digestenstelle, nach welcher die Erbeinsetzung Jemandes, welchen der Testirer einsetzen wollte, nichtig sein soll[892]), theils auf eine andere Stelle, wornach das Testament nichtig sein soll, si detenti sint inviti testes[893]), indem, wenn schon dann Nichtigkeit eintrete, wenn ein Zeuge gezwungen sei, diese noch viel mehr anzunehmen sei, wenn der Testator selbst gezwungen worden sei. In der That existirt jenes angebliche Princip gar nicht; vielmehr sind erzwungene Geschäfte regelmäßig rescissibel aber nicht nichtig[894]). In den fraglichen Worten der ersten Stelle ist nur davon die Rede, daß die Erbeinsetzung dann nichtig sein solle, wenn irrthümlich Jemand als Erbe im Testamente genannt sei, an den der Testator gar nicht gedacht hat; daraus folgt nicht Nichtigkeit derjenigen Erbeinsetzung, auf welche der Testator zwar gezwungen, aber doch wirklich seine Absicht gerichtet hat. Der Satz der anderen Stelle erklärt sich von selbst durch die Erwägung, daß ein gezwungener Solennitätszeuge so gut wie gar keiner ist und daß ein solches Testament wegen Mangels der nöthigen Feierlichkeiten nothwendig ungiltig sein muß, und es kann daraus kein Schluß auf den Fall gemacht werden, wenn der Testator selbst gezwungen worden ist. Ebensowenig ist der von Manchen[895]) gemachte Unterschied zwischen der in der Testamentshandlung selbst und dem vor derselben vorgekommenen Zwange begründet. Für die richtige Ansicht darf man sich zwar nicht auf den Ausspruch Ulpian's in L. 1. §. 2. D. 29. 6. berufen[896]), indem hier nicht der Fall vorliegt, wo die Erben den Testator zu einer Abänderung des letzten Willens genöthigt haben, sondern vielmehr der Fall, wenn die in einem früheren Testamente eingesetzten Erben den Testator an einer Abänderung desselben verhindert haben. Wohl aber gehört eine andere Stelle hierher[897]), in welcher davon die Rede ist, daß, wenn der Zwang von demjenigen ausgegangen ist, welchem die Restitution einer Erbschaft auferlegt ist, die Erbschaft mit ihren Lasten caducum werde, und zwar in der Art, daß die Quart an den Fiscus, $^3/_4$ an den Fideicommissar fallen. Diese Stelle läßt sich den Worten nach freilich ebensowohl von dem Falle verstehen, wenn der Fiduciar den Testator von Veränderung des Testamentes abgehalten hat, in welchem Falle die Stelle für die vorliegende Frage gar keine Bedeutung hätte, als auch von dem Falle, wenn der Fiduciar den Erblasser zu einer Erbeinsetzung gezwungen hat. Ersteres kann aber nicht angenommen werden, weil in einem solchen Falle der Fiscus die Erbschaft frei von Lasten erhält, folglich auch das Fideicommiß in Wegfall kommt[898]). Es kann also nur der Fall gedacht sein, wenn der Fiduciar

892) L. 2. §. 7. D. 37. 11.
893) L. 20. §. 10. D. 28. 1.
894) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 213 flg.
895) Faber, errores Pragmaticor. dec. 38. err. 3.
896) Wie Roßhirt a. a. O. S. 345 thut.
897) L. 2. §. 2. D. 29. 6.
898) L. 19. D. 34. 9.

den Testator zur Errichtung des Testamentes gezwungen hatte. Da nun dieser Fall mit klaren Worten dahin entschieden wird, daß der Fiscus an die Stelle des Zwingenden trete, so wird durch diese Stelle unmittelbar auch die hier angenommene Ansicht bewiesen. Zugleich ist aber dadurch die Pflicht des Fiscus ausgesprochen, in solchen Fällen sämmtliche Lasten der auf ihn fallenden Portion zu übernehmen. Natürlich muß vom Zwange bloßes Zureden streng unterschieden werden und namentlich wird als Beispiel solchen unsträflichen Zuredens der maritalis sermo angeführt [899]). Es ist nicht wohl begreiflich, wie über den Sinn dieser Worte hat Streit entstehen können [900]). Dagegen kann wohl nicht bezweifelt werden, daß ungestümes Zureden und zudringliche Bitten, wodurch der Testator gegen seinen Willen zu einer letztwilligen Verfügung bestimmt wurde, namentlich bei kranken und reizbaren Personen dem Zwange gleichzuachten ist. Es ist dies auch die gemeine Meinung [901]). Der Beweis des Zwanges ist natürlich von demjenigen zu führen, welcher ihn behauptet. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen; namentlich ist auch Eidesantrag zulässig; er muß nur auf besondere Thatsachen, welche den Zwang erkennen lassen, gerichtet werden. Auch Vermuthungen und überhaupt künstliche Beweismittel sind zulässig. Noch ist die Frage streitig, ob ein erzwungenes Testament durch Genehmigung wirksam werde [902]). Je nachdem man der einen oder anderen Ansicht über bloße Rescissibilität oder gänzliche Nichtigkeit eines erzwungenen Testamentes ist, muß die Genehmigung für wirksam geachtet werden oder nicht. Nach der hier angenommenen Ansicht wird ein erzwungenes Testament durch Genehmigung unanfechtbar. Hat übrigens der Testator noch vor seinem Tode, nach Wegfall der Ursache des Zwanges Gelegenheit gehabt, das erzwungene Testament wirksam zu widerrufen oder, durch Zwang daran verhindert, später ein solches zu errichten, und keinen Gebrauch davon gemacht, so kann man hier einen Wegfall der Folgen annehmen, indem unter solchen Umständen sich eine Genehmigung als geschehen erkennen läßt [903]). 2) Was den Einfluß des **Irrthums** auf letztwillige Verfügungen betrifft, so ist davon schon an einem anderen Orte die Rede gewesen [904]). Als leitender Grundsatz ist festzuhalten, daß jede Verfügung nichtig ist, welche ohne diesen Irrthum nicht geschehen sein würde, im übrigen aber der Irrthum unschädlich ist. Zwar ist dieser Grundsatz nicht mit bestimmten Worten als leitender in den Quellen aufgestellt; er ergiebt sich aber leicht aus einer Menge von

---

899) L. 3. D. 29. 6. L. 3. C. VI. 34.

900) Vgl. über diesen Streit **Glück** a. a. O. S. 435—439.

901) Vgl. die von **Glück** a. a. O. S. 434, N. 64 angeführten Schriftsteller.

902) Siehe darüber **Mühlenbruch** a. a. O. S. 491.

903) **Glück**, Erl. der Pand. Bd. 7, S. 224. **Sintenis** a. a. O. S. 407.

904) Vgl. den Artikel **Rechtsgeschäft** Bd. IX, S. 228.

Consequenzen, welche in den Quellen erwähnt werden, und schon früher von dem Verfasser dieses Artikels zusammengestellt worden sind, daher darauf zu verweisen ist. Die dort gedachten Fälle sind solche, in welchen wirklich der Wille des Testators durch eine irrige Vorstellung bestimmt wurde. Zu unterscheiden davon, obwohl gewöhnlich nicht scharf genug getrennt, sind die Fälle, in welchen eine irrige Bezeichnung gewählt ist. Von diesen ist bereits kurz vorher in diesem Artikel gehandelt worden. 3) Der Einfluß des Betruges auf letztwillige Verfügungen wird gewöhnlich dem des Zwanges ganz gleich beurtheilt[905]). Es ist dies aber unrichtig[906]). Vielmehr ist zu unterscheiden, ob der Erblasser betrüglicher Weise von Errichtung oder Abänderung eines letzten Willens abgehalten oder ob er umgekehrt durch betrügliche Vorstellungen zur Errichtung oder Abänderung einer letztwilligen Verfügung bewogen worden ist. Im ersten Falle treten ohne Zweifel dieselben Grundsätze ein, welche wir für den Fall des Zwanges als die richtigen aufgestellt haben[906a]). Im letzteren Falle wird auch von Vielen Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung angenommen, weil der Betrug hier dem Zwange gleichgestellt wird. Dagegen nehmen auch Manche derjenigen, welche in Betreff des Zwanges der richtigeren Ansicht folgen, auch für den Fall des Betruges an, daß dem Betrüger, als einem Unwürdigen, die Erbschaft entrissen werde[907]). Allein die Grundlage dieser Ansicht ist zu verwerfen. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß sich Betrug hier nicht anders äußern kann als dadurch, daß ein Irrthum des Testators hervorgebracht oder benutzt wird, und dann gelangt man zu dem Resultate, daß jede betrüglicher Weise hervorgebrachte letztwillige Verfügung schon deshalb nichtig sein muß, weil sie auf einem Irrthum beruht. Da nach allgemeinen Grundsätzen hier schon Nichtigkeit wegen Irrthums eintritt, so bedarf es auch keiner eigenen Theorie über den Einfluß des Betruges auf letzte Willen für den letzteren Fall und es haben die Gesetze keine besonderen Grundsätze darüber aufgestellt[908]). III. Jede letztwillige Verfügung muß deutlich und verständlich sein; unverständliche gelten als nicht geschrieben oder nicht gesprochen und sind im übrigen den anderen unschädlich, so lange nur das Testament überhaupt als solches bestehen kann[909]). Ueber die Auslegung undeutlicher oder zweideutiger Verfügungen gelten zunächst die allgemeinen

---

905) So von Glück a. a. O. Bd. 33, S. 426 flg.

906) Vgl. Vangerow a. a. O. S. 98 flg.

906a) Im Tit. 6. Lib. 29. Dig. ist nämlich für den Fall der Verhinderung von dolus die Rede, der sowohl als vis wie als Betrug aufzufassen ist.

907) So z. B. Roßhirt a. a. O.

908) Vgl. Vangerow a. a. O. S. 99, welcher auch weitere Einwendungen Roßhirt's widerlegt. Im Resultate tritt auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43, S. 492 der Ansicht von Vangerow bei.

909) L. 2. D. 34. 8.

Grundsätze über Auslegung der Rechtsgeschäfte[910]). Da aber letztwillige Verfügungen in Betreff ihrer Aufrechterhaltung, aus der dem ganzen Rechtsinstitute der Testamente zum Grunde liegenden Idee, großer Begünstigung genießen[911]), so giebt es daneben noch mehrere besondere Regeln, die man unter folgende Hauptgesichtspunkte bringen kann und bei deren Anwendung man nur die durch die Regeln, von deren Beobachtung die formelle Giltigkeit der Testamente abhängt, gezogenen Grenzen respectiren muß. 1) Ist es wirklich zweifelhaft, ob ein Testament gelten könne, so ist für dessen Giltigkeit zu entscheiden[912]). 2) Zweideutigkeiten, Dunkelheiten und ungeschickte Ausdrücke müssen der wahrscheinlicheren Absicht des Testirers gemäß, wenn sich diese überhaupt ermitteln läßt, erklärt und es müssen überhaupt alle rechtlich zulässigen Verfügungen so gut wie möglich aufrecht erhalten werden[913]). 3) Bei Zweifeln über die Art und den Umfang einer Verfügung muß der dem Honorirten vortheilhaftere Sinn vorgezogen werden[914]).

E. Ungiltigkeit der Testamente[915]). I. Von ungiltigen Testamenten überhaupt. Ungiltige Testamente sind im allgemeinen diejenigen, welche entweder gar keine Wirkungen haben können oder doch in Ansehung ihres hauptsächlichen Inhaltes (der Erbeinsetzung) nicht rechtsbeständig sind. Die sämmtlichen Gründe ungiltiger Testamente lassen sich auf zwei Hauptklassen zurückführen: entweder besteht das Testament nicht wegen gleich anfangs vorhandener Mängel (sog. testamentum nullum in genere), oder seine Giltigkeit und Wirksamkeit wird aus Gründen, welche erst nach seiner Errichtung eintreten, gehindert. Die zur ersten Klasse gehörigen Gründe sind wieder dreifacher Art. Entweder beruhen sie auf subjectiven Mängeln oder in der Beschaffenheit der Willenserklärung oder in dem Inhalte derselben. Ein in allen diesen Beziehungen fehlerfreies Testament heißt in den Quellen testamentum iure perfectum, auch iure factum, im Gegensatze des test. non iure factum, auch imperfectum[916]). Der bei den Neueren häufig vorkommende Gegensatz zwischen äußeren und inneren Mängeln, und der darauf begründete Unterschied zwischen iniustum und nullum testamentum begreift bei weitem nicht sämmtliche Gründe ungiltiger Testamente. 1) Die subjectiven Mängel beruhen

910) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 230 flg. Ueber die Auslegung letzter Willen insbesondre s. Sintenis Bd. 3, S. 409 flg.

911) Cap. 26. X. II. 27.

912) Nach dem Grundsatze der L. 5. D. 29. 3.: publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere.

913) L. 24. D. 34. 5.

914) Z. B. L. 13. pr. D. 34. 5. L. 17. §. 1. L. 20. 24. §. 14. D. 30. L. 12. D. 50. 17.

915) Quellen: Inst. Lib. II. Tit. 17. Dig. Lib. XXVIII. Tit. 3. Literatur: hauptsächlich Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 38, S. 118 flg. Bd. 39, S. 1 flg. Einzelne Schriften sind später zu erwähnen.

916) L. 2. §. 1. D. 29. 3. L. 6. pr. D. 48. 10.

hauptsächlich auf dem Mangel der Fähigkeit zu testiren oder aus einem letzten Willen zu erwerben (testamenti factio). Nahe verwandt mit dem Mangel der Testirfähigkeit und den Wirkungen nach gleich ist die mangelnde Willensfähigkeit. Ein an Mängeln dieser Art leidendes Testament hat weder bei den Römern, noch bei den Neueren einen besonderen Kunstnamen. 2) Die Mängel der zweiten Art, welche in der Beschaffenheit der Willenserklärung ihren Grund haben, können sehr vielfach sein. Entweder fehlt es an der freien Willensbestimmung oder an der erforderlichen Selbstständigkeit der Willenserklärung oder an Deutlichkeit und Verständlichkeit des Ausdruckes oder an Vollständigkeit der Erklärung, sei es hinsichtlich der Form oder des Inhaltes, was imperfectum testamentum im eigentlichen Sinne heißt[917]), oder endlich an der gehörigen Form, wofür vorzugsweise der Ausdruck testamentum non iure factum oder auch iniustum gebraucht wurde[918]). 3) Wegen ihres Inhaltes sind Testamente gleich von Anfang an nicht rechtsbeständig, wenn derselbe a) an sich nicht ausführbar ist, wie z. B. ein Testament, worin ein Erbe unter einer nicht eingetretenen conditio in praesens vel in praeteritum collata eingesetzt ist[919]) oder wenn derselbe b) mit gesetzlichen Vorschriften nicht bestehen kann. Dahin gehören die Testamente mit captatorischen Anordnungen[920]). Ebenso gehören dahin solche Testamente, worin Rechte der Notherben verletzt sind; sie werden vorzugsweise nulla testamenta genannt, wenn ein durch das ius civile angeordnetes förmliches Notherbenrecht verletzt ist, im Gegensatze eines testamentum rescissum, welches als inofficiosum oder durch bonorum possessio contra tabulas rescindirt wird; letztere Bezeichnung ist gewiß richtiger, als wenn man z. B. von einem testamentum nullum iure Praetorio spricht. Man hat die testamenta rescissa häufig der zweiten Hauptklasse untergeordnet, was jedoch aus logischen Gründen nicht zu rechtfertigen ist, da die Gründe der Rescission in einem gleich anfangs vorhandenen Mangel liegen. Die **zweite** Klasse ungiltiger Testamente begreift solche, bei denen der Grund der Ungiltigkeit erst nach der Testamentserrichtung eintritt. Hier unterscheidet man testamentum ruptum, irritum und destitutum. Ruptum wird es entweder infolge veränderten Willens des Testirers oder durch Agnation eines im Testamente nicht gehörig berücksichtigten Postumus; irritum dadurch, daß der Testator eine capitis deminutio erleidet; destitutum dadurch, daß der eingesetzte Erbe entweder die Erbschaft ausschlägt oder die Erbfähigkeit verliert[921]). Die regelmäßige Wirkung sowohl der gleich von Anfang an vorhandenen

917) L. 6. pr. D. 48. 10. §. 7. Inst. II. 17.

918) L. 1. pr. D. 28. 3.: Testamentum — non iure factum dicitur, ubi solennia iuris defuerunt. Der Ausdruck iniustum testamentum kommt, außer in der Rubrik von Dig. 28. 3. in dem hier angenommenen Sinne noch vor in L. 2. §. 1. D. 28. 3. L. 9. §. 1. C. VI. 55. und bei **Theophil**. ad pr. Inst. II. 17.

919) L. 16. D. 28. 3.

920) Vgl. **Arndts** in dem Artikel **Erbeinsetzung** Bd. III, S. 937.

921) Gai. Inst. Comm. II. §. 146. Inst. Lib. II. Tit. 17. L. 1. D. 28. 3.

als der später erst eintretenden Gründe, welche dem Rechtsbestande des Testamentes entgegenstehen, ist vollständige Ungiltigkeit der Verfügung. Von den erheblichen Ausnahmen, welche diese Regel in den Fällen leidet, in welchen die Ungiltigkeit auf einer Verletzung des Notherbenrechtes beruht, ist bereits in einem anderen Artikel gehandelt worden[922]). Ebenso ist von den Gründen der Ungiltigkeit wegen mangelnder testamenti factio, wegen Mangels der freien Willensbestimmung und der erforderlichen Selbstständigkeit der Willenserklärung in dem jetzigen Artikel schon die Rede gewesen. Hier ist noch insbesondre von dem iniustum, ruptum, irritum und destitutum testamentum zu handeln.

II. Insbesondre: 1) Testamentum iniustum. Ein solches ist dasjenige, wobei die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten (solennia iuris) gar nicht oder nicht gehörig beobachtet worden sind. Der Mangel hat stets die Wirkung, daß das Testament in keinem Stücke besteht[923]). Die Anwendung des Rechtes der Novelle 115 dergestalt, daß nur die Erbeinsetzung hinfällig werde, die übrigen Theile des Testamentes aber bei Kräften bleiben, welche von Manchen in Bezug hierauf behauptet worden ist, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen. Auch ist die gemeine und richtige Ansicht in der Notariatsordnung ausdrücklich anerkannt[924]). Es gilt gleichviel, ob die gesetzliche Form ganz fehlt oder ob es nur an dem einen oder anderen Erfordernisse mangelt. Fehlt also nur einem der Testamentszeugen die rechtliche Qualität oder es unterschreibt nur einer nicht, so gilt das Testament im Rechtssinne als nicht vorhanden. So äußern sich auch die Quellen[925]). Es kann daher die Meinung Mancher, daß ein geringer Fehler in der Form, z. B. ein fehlendes Siegel der Zeugen, unerheblich sei, sobald nur kein Verdacht eines Betruges vorhanden sei, nicht gebilligt werden. Wollte man sich über geringe Formfehler hinwegsetzen, so würde die Grenze zwischen dem, was wichtig oder unwichtig sei, schwer zu finden und der Willkür Thür und Thor geöffnet sein. Eine andere Frage ist, ob in Nothfällen ein Testament ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet werden dürfe. Wenn sich für die Giltigkeit eines so errichteten Testamentes der allgemeine Billigkeitsgrund anführen läßt: impossibilium nulla obligatio est; so sind doch die dagegen sprechenden Gründe überwiegend. In den Gesetzen ist auf einzelne solcher Nothfälle Rück-

---

922) Vgl. Arndts in dem Artikel Pflichttheils- und Notherbenrecht Bd. VIII, S. 137 flg., 151 flg.

923) L. 23. 29. C. VI. 42.

924) Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 12.

925) L. 22. §. 4. D. 28. 1. von Ulpian. Wenn auch der Prätor aus einem Testamente, welche von sieben Zeugen besiegelt war, obgleich die civilrechtliche Form fehlte, eine bonorum possessio secundum tabulas gab (Gai. Inst. Comm. II. § 119. 147. §. 2. Inst. II. 10.), so ist doch dieses prätorische Testament im neuesten Rechte abgeschafft (§. 3. Inst. II. 10.) und es gilt demnach jene Aeußerung des Juristen gemeinrechtlich ohne andere Einschränkungen, als welche durch die Codicillarclausel und durch Testamentsprivilegien bewirkt werden können.

sicht genommen und dafür die Beobachtung der regelmäßigen Förmlichkeiten ganz oder zum Theil erlassen, wie bei dem Testamente der Nichtsoldaten, welche in hostico testiren, bei dem zur Pestzeit errichteten Testamente sowie bei Testamenten auf dem Lande. Daß aber dabei nicht etwa nur eine allgemeine Regel angewendet ist, ergiebt der Inhalt dieser besonderen Bestimmungen mit Gewißheit. Es sind dies immer nur Ausnahmsfälle, welche theils wegen ihrer Eigenthümlichkeit, theils wegen der für Ausnahmen geltenden strengen Auslegungsgrundsätze auf andere Fälle weder angewendet werden können, noch dürfen. Die so gewöhnliche Meinung, daß ein iniustum und nullius momenti testamentum durch Anerkennung der Intestaterben giltig werde, läßt sich mit anderen Rechtsgrundsätzen nicht vereinigen, namentlich nicht mit dem Satze: quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest [926]). Im allgemeinen wird, was diese Anerkennung ungiltiger Testamente betrifft, mit Recht unterschieden, ob ein Testament blos rescissibel oder ein solches ist, welches von Anfang an nichtig ist [927]). Von rescissibeln Testamenten kommen besonders diejenigen in Betracht, welche durch die querela inofficiosi testamenti oder durch die bonorum possessio contra tabulas rescindirt werden können. Von der Querel ist im ganzen jeder ausgeschlossen, welcher das Testament anerkannt hat, ohne Rücksicht, auf welche Weise dieses geschah, ob er das Testament ausdrücklich billigte [928]), darin enthaltene Dispositionen anerkannte, den Eingesetzten als Erben behandelte oder wie sonst. Auch darauf kommt nichts an, ob dem zur Querel Berechtigten wirklich etwas zugewendet war, durch dessen Annahme er dann die Querel verlor, sondern auch derjenige, welchem gar nichts hinterlassen war, verliert ebenso durch jede Anerkennung des Testamentes das Recht es anzufechten: quia iudicium defuncti agnovit [929]). Die Römer sind hierbei nicht von den Grundsätzen der wirklich im einzelnen Falle vorliegenden Verzichtsleistung ausgegangen, worauf nirgends hingedeutet wird, sondern es wird die Entscheidung stets auf die bloße Thatsache der Anerkennung gestützt. Damit hängt genau zusammen, daß die Römer bei dieser Frage keine Rücksicht darauf nahmen, ob der, welcher das Testament anerkannte, wirklich von seinem Rechte, die Querel zu erheben, Kenntniß hatte oder nicht. Läge hier der Gesichtspunkt einer wahren Verzichtsleistung zum Grunde, so müßte darauf Rücksicht genommen sein; denn wer ein ihm zustehendes Recht nicht kennt, konnte gar nicht die Absicht haben, darauf zu verzichten. Auch bei der bonorum possessio contra tabulas wird ausdrücklich der Satz ausgesprochen, es habe der Notherbe, welcher die

926) L. 210. D. 50. 17. Vgl. auch L. 29. D. eod.

927) Vgl. besonders Franke, über Anerkennung ungiltiger letztwilliger Dispositionen, im Archiv für civil. Praxis Bd. XIX, S. 177—213, dem wir folgen.

928) L. 31. §. 4. D. 5. 2.

929) L. 23. §. 1. D. 5. 2.

bonorum possessio möglicherweise nachsuchen könne, sich dieses zuvor wohl zu überlegen, da die einmalige Anerkennung des Testamentes ihn von der Anfechtung des Testamentes ausschließe[930]). Hier sowenig als bei der Querel wird der Irrthum des Notherben irgend berücksichtigt. Auch hier schließt jede Anerkennung des testamentarischen Erben den Notherben von der bonorum possessio aus[931]). Das Gegentheil gilt bei dem, welcher ein Testament als nichtig oder als untergeschoben anfechten will. Ihm schadet die Anerkennung des Testamentes nicht, er kann es noch als nichtig anfechten und sein gesetzliches Erbrecht geltend machen[932]). Dieser Satz wurde wahrscheinlich durch die sehr nahe liegende Erwägung veranlaßt, daß ein nichtiges Testament durch bloße Anerkennung nicht giltig werde und diese Anerkennung dem ungiltig ernannten Erben kein wirkliches Erbrecht ertheile, während der in einem giltigen, nur auf außerordentlichem Wege rescissibeln Testamente Eingesetzte schon an sich wirkliches Erbrecht hat, welches infolge der Anerkennung nun unanfechtbar wird. Die erwähnte Regel hat aber, wie anerkannt wird, ihre Ausnahmen, wenigstens im späteren römischen Rechte; es sind aber Zweifel darüber, wo man die Grenze zu suchen habe. Es wird wohl die Ansicht ausgesprochen, die bloße Anerkennung sei unschädlich, nur dürfe man nicht wirklich die Zahlung der Vermächtnisse angenommen oder einen Theil der Erbschaft durch Antretung erworben haben[933]). Dieses ist aber nicht richtig. Die in der vorletzten Note erwähnte Stelle gestattet geradezu post legatum acceptum die Nichtigkeitsklage. Dasselbe wird durch eine andere Stelle[934]) bestätigt, welche demjenigen, welcher ein Vermächtniß empfangen oder aus dem Testamente selbst die Erbschaft angetreten hat, noch die Anfechtung gestattet. Es hat also der Intestaterbe, welcher in einem nichtigen Testamente, vielleicht auf einen geringen Theil eingesetzt ist, durch die Antretung der Erbschaft aus dem Testamente sein Intestaterbrecht nicht verloren. Er wird selbst zur Anfechtung des Testamentes von Diocletian noch zugelassen, wenn er auch schon mit den übrigen im Testamente Eingesetzten getheilt haben sollte[934a]). Hiernach entstand auch die Frage, ob nicht derjenige, welcher ein Legat schon erhalten hat, wenn er das Testament später als nichtig angreift, vorläufig das empfangene Legat dem Beklagten zurückgeben müsse. Nach dem Berichte von Paulus[935]) wurde dieses von einigen älteren Juristen allgemein bejaht. Paulus selbst entscheidet dahin, daß die Rückgabe nur gegen eine Caution wegen dereinstiger Restitution für den Fall, daß die Nichtig-

930) L. 5. §. 2. D. 37. 5.
931) L. 15. D. eod.
932) L. 5. pr. D. 34. 9.
933) Dieser Ansicht ist z. B. Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 38, S. 140 flg.
934) L. 3. D. 48. 10.
934a) L. 4. C. I. 18.
935) L. 43. D. 5. 3.

keitsklage zurückgewiesen werden sollte, zu geschehen brauche; denn es sei unbillig, daß der Erbe dieses wirklich hinterlassene Legat lucrire, besonders wenn der Legatar die Nichtigkeitsklage nicht per calumniam, sondern aus Irrthum angestellt habe. An diese Entscheidung schließen sich dann noch folgende Worte: Imperator Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit. Es wird also hier wie in L. 5. D. 34. 9. zuerst der Satz, daß die Nichtigkeitsklage durch Anerkennung des Testamentes nicht verloren sei, als Regel hingestellt. In beiden Stellen wird später auf Ausnahmen hingewiesen und in beiden auf ein Rescript von Antoninus Pius, und zwar in einer Weise Bezug genommen, daß es fast scheint, als sei dadurch erst ein Rechtssatz begründet, mindestens für die Praxis festgestellt worden. Auch nach L. 5. D. 34. 9. erscheint das hierbei befolgte Princip nicht viel klarer. Die Worte des Rescriptes sind nämlich hier so angegeben: — ipso iure petere hereditatem poterunt; an autem prohibendi sint, vel non, ex cuiusque persona[936]), conditione, aetate, causa cognita, a iudice statuendum erit. Es geben aber hierüber andere Stellen Auskunft[937]). Nach ihrem übereinstimmenden Inhalte kann nur derjenige noch zur Anfechtung eines von ihm anerkannten nichtigen Testamentes zugelassen werden, welcher zur Zeit der von ihm bewirkten Anerkennung die Ungiltigkeit des Testamentes nicht kannte. Wenn dagegen der Intestaterbe die Ungiltigkeit des Testamentes kannte und es dennoch anerkannte, so hat er dadurch erklärt, daß er es nicht angreifen wolle, er hat auf seine Rechte verzichtet. Ihm war in der That die Intestaterbfolge deferirt, er wußte dieses, nahm aber dennoch eine diesem Rechte widersprechende Handlung vor und schlug dadurch die ihm in der That ab intestato deferirte Erbschaft aus. Die angeführten Stellen ergeben erstlich, daß auch hierbei nichts darauf ankommt, auf welche Weise das Testament anerkannt worden ist, insbesondre ob der Kläger wirklich Zuwendungen aus dem Testamente erhalten hat oder nicht[938]). Auch liegt in der Sache selbst kein Unterschied; die Willenserklärung ist in jedem Falle dieselbe; man kann sowohl gegen den Empfang eines Vermächtnisses, wie ohne dieses, auf die Anfechtung und damit auf die Intestaterbfolge verzichten. Da aber die bloße Thatsache der Anerkennung des Testamentes den Intestaterben unschädlich ist, so folgt hieraus, daß eine Vertheidigung des Testamentserben gegen die Nichtigkeitsklage durch die bloße Behauptung dieser geschehenen Anerkennung ganz unzureichend ist. Auf das bloße Vorbringen des Beklagten, daß der Kläger das Testament früher anerkannt habe, ist vielmehr gar keine Rücksicht zu nehmen. Die Annahme, daß der Kläger sich dagegen durch

936) Nach Basil. LX. 42. cap. 5. th. 1. wäre hier zu lesen personae.
937) L. 8. D. 5. 3. L. 3. D. 48. 10. L. 4. 8. C. I. 18. L. 3. C. IX. 22.
938) L. 8. D. 5. 3. besonders aber L. 3. D. 48. 10.

die Replik, er habe bei der Anerkennung des Testamentes dessen Ungiltigkeit nicht gekannt, vertheidigen müsse, wäre unrichtig. Denn die bloße Anerkennung ist eine an sich unerhebliche Thatsache und daher zur Begründung einer wirksamen Einrede, gegen welche man sich erst durch Repliken vertheidigen müßte, gar nicht geeignet. Es schließt nämlich nicht die Anerkennung die Anfechtung aus, sondern die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtsleistung, und es muß daher auch der Beklagte, zur thatsächlichen Begründung der Einrede, diese Wissenschaft des Klägers behaupten und, wenn sie geleugnet wird, erweisen. Die Regel ist: wer das Testament anerkannte, hat die Nichtigkeitsklage; eine Ausnahme tritt ein bei einer wissentlichen Anerkennung. Diese Ausnahme ist also vom Beklagten zu beweisen und zu begründen. Er hat mindestens darzuthun, daß dem Kläger bei der Anerkennung die Thatsachen bekannt waren, auf welche derselbe seine Nichtigkeitsklage stützt. Es sind dieses ja auch dem Kläger fremde Thatsachen, von welchen sich nicht vermuthen läßt, daß sie dem Kläger zur Zeit der Anerkennung des Testamentes bereits bekannt waren. Es fragt sich aber: wie steht es hier mit dem Rechtsirrthume hinsichtlich des Beweises und überhaupt? Wenn man davon ausgeht, daß nicht die Anerkennung des Testamentes die Klage ausschließt, sondern die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtsleistung, so kann man nicht zwischen factischem und Rechtsirrthum unterscheiden, indem beide die Wissenschaft gleichmäßig ausschließen, und damit auch den Willen zu verzichten. Allerdings sind aber darüber Zweifel möglich, ob hier wirklich das Princip der Verzichtsleistung zum Grunde liege oder ob man den Satz allgemeiner stellte und es überhaupt darauf ankommen ließ, ob die Anerkennung unter den jedesmal vorliegenden Umständen entschuldbar sei oder nicht, und dann die Grundsätze, nach welchen ein Rechtsirrthum in anderen Rechtslehren bald schadet, bald entschuldigt wird, auch hier zur Anwendung brachte. Auch das erwähnte Rescript von Antoninus Pius entscheidet nichts. Darin wird ein specieller Fall behandelt, in welchem die Intestaterben den im Testamente Eingesetzten, obwohl er für seine Person unfähig war, aus Testamenten zu erwerben, als Testamentserben anerkannt hatten. Diese Anerkennung konnte möglicherweise ebensowohl auf einem factischen als einem Rechtsirrthume beruhen. Allein die Worte des Rescriptes, daß der Richter die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage im vorliegenden Falle ex cuiusque persona, condilione, aetate beurtheilen solle, führen dahin, daß es sich hier um einen Rechtsirrthum handelte, über welchen nach der Persönlichkeit eines jeden Klägers zu urtheilen sei, indem bei einem Irrthum über Thatsachen vorzugsweise Berücksichtigung der Thatsachen selbst vorgeschrieben sein müßte. Diese Auffassung ist auch die des Scholiasten zu den Basiliken[939]). Die Worte des Rescriptes sind aber mit jeder Theorie

939) Sch. Οἷον. Basil. T. V. p. 803. ed. Heimb.

vereinbar, je nachdem man sie in dem Sinne auffaßt, daß nach der Persönlichkeit eines jeden Klägers die Entschuldbarkeit des Irrthums nach den gewöhnlichen Grundsätzen über Rechtsirrthum zu beurtheilen sei oder je nachdem man sie dahin versteht, daß danach das Dasein des Irrthums, für welchen es in der Regel keinen Beweis giebt, zu vermuthen sei. Für die Ansicht, daß hier wirklich das Princip der Verzichtsleistung gilt, also auch ein Rechtsirrthum die Anfechtung eines nichtigen Testamentes nicht ausschließt, spricht Mehreres [940]). Diese Ansicht ist auch die allein consequente. Denn als Regel galt unbestritten, daß eine Anerkennung des nichtigen Testamentes dem Intestaterben nicht schade. Das nichtige Testament wird dadurch nicht giltig und das wirklich begründete Erbrecht des Intestaterben wird dadurch nicht aufgehoben. Wenn aber dieser weiß, daß das Testament ungiltig ist, daß er selbst also ab intestato zur Erbfolge berufen ist und dennoch die im Testamente Eingesetzten als Erben anerkennt, so läßt sich sagen, er habe dadurch die ihm deferirte Erbschaft ausgeschlagen. Sobald er aber nicht wußte, daß ihm die Erbfolge wirklich deferirt war, so ist keine Ausschlagung möglich und jeder Irrthum über die Giltigkeit des Testamentes hebt die Wissenschaft der Delation gleichmäßig auf, der Erbe mochte aus factischem oder Rechtsirrthum das Testament für giltig halten. Es kann also nicht gefragt werden, ob hier ein Rechtsirrthum entschuldigt werde oder nicht. Denn die Anerkennung des nichtigen Testamentes bewirkt an sich keinen Verlust eines Rechtes, gegen welchen ein Entschuldigungsgrund erst nöthig wäre, sondern nur der Verzicht, welchen jeder Irrthum ausschließt. So viel ist klar, daß sich über den Beweis des Rechtsirrthums keine absolute Regel aufstellen läßt und am wenigsten dem Beklagten der Beweis, daß der Kläger sich nicht irrte, allgemein aufgebürdet werden kann. Meistens läßt sich über diesen Rechtsirrthum gar kein Beweis durch äußere Beweisgründe führen, weil es sich von einem inneren Glauben und Meinen handelt. Es wird sich zwar in einzelnen Fällen so viel darthun lassen, daß der Kläger schon früher auf diese Mängel des Testamentes aufmerksam gemacht worden war, daß vielleicht unter den streitenden Theilen schon früher davon die Rede und darüber Streit war. Wenn der Kläger dann aber, statt weiter auf diesem Wege vorzuschreiten, das Testament anzuerkennen vorzog, so enthält dies ebensowohl einen Verzicht auf die Anfechtung des Testamentes, als wenn er bereits von der Ungiltigkeit des Testamentes vollständig überzeugt war. In anderen Fällen läßt sich aber, sobald die Kenntniß der Thatsachen, von welchen die Nichtigkeit des Testamentes abhängt, erwiesen ist, von einem Rechtsirrthum gar nicht reden. Denn Jedermann weiß, daß ein untergeschobenes Testament nicht gilt, daß ein Testament, welches gar keine äußere Form hat, angefochten werden kann. Häufig wird aber bei zweifelhafteren Fällen sehr viel von der

940) Vgl. die nähere Ausführung von Franke a. a. O. S. 193 flg.

Persönlichkeit des Klägers abhängen, ob derselbe der Rechte kundig ist oder nicht. Daher enthalten auch die Quellen nirgends eine bestimmte Beweistheorie, sondern das öfter schon erwähnte Rescript Antonin's sagt über einen solchen Fall: prohibendi sint, an non, ex cuiusque persona, conditione, aetate, causa cognita, a iudice constituendum erit. Der Kläger, welcher die Nichtigkeitsklage anstellt, wird in der Regel der Intestaterbe sein, welcher sein gesetzliches Erbrecht gegen das ungiltige Testament geltend macht. Ist aber außer dem ungiltigen Testamente noch ein giltiges Testament vorhanden, sei es ein früher oder später errichtetes, so ist nicht der Intestaterbe zur Erbschaft berufen, also auch nicht zur hereditatis petitio berechtigt, sondern nur der in dem giltigen Testamente eingesetzte Erbe. Diesem allein ist die Erbschaft deferirt; denn das giltige Testament schließt die Intestaterbfolge aus und dieses ist, auch wenn es das ältere war, durch das spätere nichtige Testament nicht aufgehoben. Mithin hat allein der in jenem giltigen Testamente eingesetzte Erbe die hereditatis petitio und auch ihm kann es nicht schaden, wenn er das nichtige Testament aus Irrthum anerkannt, sogar vielleicht daraus die Erbschaft angetreten haben sollte. Wenn auch keine Stelle der Quellen bei der Frage, ob man durch Anerkennung eines nichtigen Testamentes das Recht verliert, es selbst anzufechten, einen testamentarischen Erben als Kläger ausdrücklich nennt, so ist ihm doch diese Anfechtung nirgends versagt, und der Satz, daß der Berechtigte durch Anerkennung eines nichtigen Testamentes sein Erbrecht nicht verliert, ist allgemein hingestellt, ohne Rücksicht auf den Kläger und auf den Grund seines Erbrechtes. — Sehr streitig ist der Fall, wenn ein Rechtsstreit über ein angeblich fehlerhaftes Testament durch Vergleich zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben entschieden worden ist. Davon handeln zwei Stellen von Scävola, die sich anscheinend widerstreiten und zu sehr verschiedenen Vereinigungsversuchen Veranlassung gegeben haben[941]). In der ersten Stelle (L. 3. pr. D. 2. 15.) werden im Falle eines Vergleiches die Legatare blos an den Testamentserben gewiesen; nach der zweiten Stelle (L. 14. D. eod.) sollen sich die Gläubiger an beide Transigenten zugleich halten dürfen. Auf den Unterschied zwischen Gläubigern und Legataren, worauf Viele hier Gewicht gelegt haben, kann es hierbei nicht ankommen. Dies ergiebt sich, abgesehen von entscheidenden inneren Gründen, bestimmt genug aus der Ausdrucksweise der ersteren Stelle, wo manumissi und Legatare offenbar nur beispielsweise genannt sind, wie daraus hervorgeht, daß am Schlusse der Stelle von onera hereditatis im allgemeinen die Rede ist, worunter natürlich auch die Schulden begriffen sind. Es ist vielmehr, worüber

941) L. 3. pr. L. 14. D. 2. 15. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 159 flg., ferner Vangerow a. a. O. S. 195 flg. Sintenis §. 180, N. 4, Bd. 3, S. 490 flg. Letzterer hat die Sache am vielseitigsten erörtert.

man jetzt ziemlich einverstanden ist, von dem Unterschiede zwischen blos rescissibeln und nichtigen Testamenten auszugehen. Von dem ersteren und zwar insbesondre von einem inofficiosum testamentum[942]), redet die erste Stelle und entscheidet da sehr consequent, daß Legatare (und Gläubiger) nur den Testamentserben belangen können, eben weil ja durch Vergleich die wirkliche Rescission abgewendet ist und mithin das Testament in voller Kraft bestehen bleibt. Die zweite Stelle spricht aber von einem Vergleiche über ein angeblich nichtiges Testament und entscheidet dabei, daß Gläubiger (und Legatare) beide Transigenten gleichmäßig mit utiles actiones belangen sollen. Diese Entscheidung setzt aber natürlich voraus, daß sich die beiderseitigen Prätendenten nach Inhalt des Vergleiches selbst als Miterben anerkannt haben. Ueberhaupt ist zu unterscheiden, ob sie sich nach Inhalt des Vergleiches als Miterben anerkennen wollen oder ob nur Einer Erbe sein und bleiben soll und den Anderen mit einer Summe Geld abfindet. Das erstere kann freilich direct nicht geschehen; nach der L. 14. D. cit. aber sind die Folgen eines solchen Verhältnisses pro parte hereditatis, quam uterque transactione expresserit, also, wenn durch den Vergleich jeder eine Quote erlangt, durch die That als eingetreten anzusehen. Müssen dann die Gläubiger nach dieser Stelle ihre Forderungen theilen, so ist dies bezüglich der Forderungen der Legatare umsoweniger bedenklich, natürlich unbeschadet der denselben zustehenden dinglichen Klagen. Dasselbe, was von den Erbschaftsgläubigern, muß auch von den Erbschaftsschuldnern gelten. Nur in Betreff der Universalfideicommissare wird eine Verbindlichkeit des Vergleiches, dem sie nicht beigetreten sind, sich nicht behaupten lassen, so daß sie ihre Rechte selbstständig wahrnehmen und verfolgen können; es wird daher der Fiduciarerbe wegen ihrer sich vorsehen und sie deshalb zur Verhandlung über den Vergleich zuziehen müssen. Substituten bleiben unbetheiligt, d. h. es wird ihnen nicht etwa zu der Quote, welche der Testamentserbe abtritt, deferirt; denn der Fall, in welchem die Substitution wirksam werden könnte, ist nicht eingetreten, der eingesetzte Erbe hat nicht ausgeschlagen. In dem Falle, wenn der Erbprätendent nicht Intestaterbe, sondern Testamentserbe aus einem früheren giltigen Testamente ist, wird von den Universalfideicommissaren und Substituten dasselbe gelten müssen, wie in dem Falle, wenn der Erbprätendent Intestaterbe ist; was die Substituten anlangt, so gilt das vorher Bemerkte umsomehr, als der Anspruch gegen den im späteren Testamente Eingesetzten nothwendig den geschehenen Erbschaftsantritt aus dem früheren Testamente voraussetzt. Darum ist auch der im früheren Testamente Eingesetzte den Legataren daraus allein verbindlich und schließt mithin insofern den Vergleich auf seine Gefahr ab, weil er ihnen gegenüber dessen Wirksamkeit nicht in Abrede stellen kann. — In dem zweiten der oben gedachten Fälle, wenn nach dem Vergleiche

942) Vgl. auch L. 29. §. 2. D. 5. 2.

einer der Prätendenten Erbe sein und bleiben soll und den anderen mit Gelde abfindet, wird der erstere alleiniger Erbe bleiben, wobei es nichts ausmacht, ob die Summe, gegen welche er die Erbschaft erhält oder behält, größer ist als der Rest der Erbschaft nach Abzug dieser Summe. Gegen die Unterscheidung dieser beiden Hauptfälle und deren Statthaftigkeit wird zwar angeführt[943]), daß das Erbrecht kein Gegenstand der Ueberlassung durch Verträge sein könne. Wenn dies letztere auch zugegeben werden muß und die Transigenten demnach in dem vorher unterschiedenen ersten Hauptfalle nur wie Miterben betrachtet und behandelt werden, so ist es doch eine andere Frage, ob dies in allen Fällen eines Vergleiches nothwendig geschehen müsse oder ob nicht vielmehr der Inhalt des Vergleiches dabei zur Richtschnur zu dienen habe. Letzteres ist aber allerdings anzunehmen[944]). Denn geht der Inhalt des Vergleiches nur dahin, daß der im nichtigen Testamente Eingesetzte dem Intestaterben gegenüber seinen Anspruch gegen eine Abfindung aufgiebt, so enthält dies doch nur eine Anerkennung des gesetzlichen Erbrechtes desselben, nicht aber eine Cession des testamentarischen Erbrechtes an ihn, sowie es im umgekehrten Falle ebenso für den Testamentserben ist. Auf die Ansprüche der im Testamente Honorirten hat der Vergleich, wenn der Testamentserbe die Erbschaft behält, selbstverständlich keinen Einfluß. Wird sie hingegen an den Intestaterben überlassen, so kann ohne Bedenken hinsichtlich der Substituten und Universalfideicommissare wiederum dasselbe angenommen werden, was bei einer vergleichsweisen Theilung nach Quoten gilt; die Legatarien werden aber nicht minder, wie die Universalfideicommissare, nur den im Testamente Eingesetzten in Anspruch nehmen können[945]), der mithin den Vergleich auf seine Gefahr abschließt. Wenn endlich ein in einem früheren giltigen Testamente Eingesetzter mit dem in dem als nichtig angefochtenen Testamente Eingesetzten concurrirt, so ist nicht L. 14. D. cit. analog zur Anwendung zu bringen, sondern es hat hier jeder der beiden Testamentserben es mit den bezüglich seiner honorirten Personen allein zu thun und es kann keiner dieses durch Aufgeben seines Erbrechtes und Ueberlassung der Erbschaft an den anderen vermeiden.

2) Testamentum ruptum: a) infolge der Willensänderung des Testators. Einleitende Bemerkungen. Einseitige letztwillige Verfügungen können von ihrem Urheber zu jeder Zeit, ausdrücklich oder stillschweigend, willkürlich widerrufen werden: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum[946]). Sehr streitig ist es, ob diese Regel nicht gewissen Einschränkungen und Ausnahmen unterworfen sei. Diese Streitigkeiten lassen

---

943) Von Mühlenbruch a. a. O. S. 163.
944) S. Vangerow a. a. O. S. 196. Sintenis a. a. O. S. 491.
945) Arg. L. 2. 4. §. 1. D. 29. 4. S. Vangerow a. a. O. S. 196.
946) L. 4. fin. D. 34. 4. L. 6. C. VI. 22. L. 19. C. VI. 23.

sich auf folgende drei Fragen zurückführen: erstens, welche Wirkung hat hier die sog. clausula derogatoria? zweitens, ob die Unwiderruflichkeit eines Testamentes durch Vertrag begründet werden könne? drittens, ob auch wechselseitige Testamente (testamenta reciproca) einseitig widerrufen werden können? Da die dritte Frage bei der Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten bereits erörtert worden ist, so beschränken wir uns auf Beantwortung der beiden ersten Fragen. Erste Frage. Welche Wirkung hat die derogatorische Clausel? Unter der sog. clausula derogatoria wird gewöhnlich die Bestimmung verstanden, wodurch künftige Verfügungen im voraus für ungiltig erklärt werden, besonders die mit dem Inhalte einer gegenwärtigen Verfügung nicht vereinbaren, wodurch diese also abgeändert oder aufgehoben wird; es wird aber auch wohl umgekehrt die in einer späteren Disposition enthaltene Aeußerung darunter verstanden, daß die frühere, ganz oder theilweise, nicht mehr gelten solle. Sie ist nicht zu verwechseln mit der sog. clausula privatoria oder cassatoria, welche regelmäßig die Erklärung des Testators bezeichnet, daß ein Honorirter die Vortheile aus dem Testamente verlieren solle, wenn er dasselbe anfechten oder die darin bestimmten Modalitäten und Auflagen nicht erfüllen werde. Es handelt sich hier nur von der derogatorischen Clausel in der ersten Bedeutung. Im allgemeinen ist unbestritten, daß ein Testator durch den Gebrauch dieser Clausel geradezu seinen eigenen Willen nicht binden könne. Es fragt sich jedoch, ob in einem solchen Falle das zweite Testament durch sein bloßes Dasein das frühere zerstöre oder ob der Testator in demselben ausdrücklich erklären müsse, daß er die frühere Verfügung widerrufe. Von Manchen ist dieses besonders aus dem Grunde behauptet worden, daß leicht ein Zweifel über die wirkliche Willensmeinung des Testators entstehen könne, wenn in der späteren Verfügung eine so deutlich und bestimmt ausgesprochene Erklärung gar nicht berücksichtigt sei. Indessen ist die gewöhnliche Meinung aus überwiegenden Gründen entschieden für das Gegentheil[947]). Es ist dies auf eigentliche Testamente zu beschränken, auf Codicille aber nicht unbedingt anzuwenden, da mehrere Codicille desselben Testators nach ausdrücklichen Stellen neben einander bestehen können[948]). Die Aufhebung der früheren Testamente muß allerdings vom Testator auch gewollt sein; das neue Testament muß auf seinem eigenen und freien Willen beruhen. Die derogatorische Clausel ist, wie ihre Aufhebung, bei eigentlichen Testamenten etwas ganz überflüssiges, und es kann auch darauf nichts ankommen, ob die Aufhebung früherer Verfügungen ganz allgemein oder mit specieller Beziehung auf das frühere Testament und die darin enthaltene derogatorische Clausel geschehen sei. Manche lassen dies nur als Regel

---

947) Siehe die zahlreichen Citate bei Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 174, N. 89, der von S. 169—208 über die derogatorische Clausel handelt.

948) §. 3. Inst. II. 25. L. 6. §. 1. D. 29. 7.

gelten, gestehen aber dieser Clausel ausnahmsweise Wirksamkeit zu: 1) wenn sie eidlich bestätigt oder die sog. clausula iuratoria s. adiuratoria beigefügt ist. Der Grund davon wird in der Unverbrüchlichkeit des Eides gefunden. Allein nach der richtigeren Meinung kann der Eidesclausel keine Wirkung zugestanden werden. Es hängt dies mit den Grundsätzen über die Wirkung des Eides auf nach dem Civilrechte ungiltige Geschäfte zusammen. 2) Verschieden davon ist die Frage, welche Wirkung es habe, wenn der Testator bestimmt, sein gegenwärtiges Testament solle durch ein nachfolgendes nicht anders aufgehoben oder abgeändert werden können, als wenn dieses in einer bestimmten Form errichtet, ein bestimmtes Merkmal darin anzutreffen wäre[949]. Es mag allerdings Manches für sich haben, daß dem folgenden Testamente die aufhebende Kraft abzusprechen sei, wenn dabei die im voraus bestimmte Form nicht beobachtet ist oder die angegebenen Merkmale fehlen. Auch könnte man geneigt sein, anzunehmen, es müsse jedem freistehen, die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die von ihm ausgehenden Verfügungen für wirksam gehalten wissen wolle; gegen den Willen des Testirers könne kein Testament aufrecht erhalten werden, so daß dem Testamentserben nur der Beweis nachzulassen sein dürfte, daß entweder der Testator seine Erklärung wieder zurückgenommen habe oder von ihrer Ausführung wider seinen Willen abgehalten worden sei. Allein für Codicille ist das Gegentheil bestimmt in einer Stelle von Marcian in den Digesten ausgesprochen[950]. Wenn Jemand ein Testament errichtet und in demselben seine künftigen Codicille bestätigt, jedoch deren Giltigkeit ausdrücklich davon abhängig macht, daß diese von ihm besiegelt und eigenhändig unterschrieben seien, so sollen nach dieser Stelle doch die später errichteten Codicille auch ohne diese Form gelten, da die spätere Willenserklärung der früheren allemal vorgeht: nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. Diese Stelle ist Gegenstand mehrfacher Auslegungsversuche geworden, weil man zwischen ihr und anderen Stellen, welche die Erklärungen im Testamente, daß spätere Vermächtnisse entweder gar nicht oder doch nicht alle gelten sollen, für wirksam halten[951], Widerspruch fand[952]. In der That aber ist kein Widerspruch vorhanden. Alle sprechen den Grundsatz aus, daß die spätere Willenserklärung der früheren unbedingt vorgehe und die eine derselben (L. 22. pr. D. 32.) spricht sogar den allgemeinen Satz aus: nemo enim sibi potest eam legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat. Von einem Bezuge einer solchen Erklärung auf ein späteres Testament und ihrer Wirksamkeit ist in diesen Stellen nirgends die Rede. Es muß daher für eine von den römischen Juristen allgemein

949) Darüber handelt Mühlenbruch a. a. O. S. 201 flg.
950) L. 6. §. 2. D. 29. 7.
951) L. 12. §. 3. L. 14. pr. D. 30. L. 22. pr. D. 32.
952) Ueber die verschiedenen Auslegungen der L. 6. §. 2. D. 29. 7. siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 203—207.

angenommene Meinung gelten, daß eine Vorschrift des Testators über die Form eines künftigen letzten Willens auf den Rechtsbestand desselben überall keinen Einfluß habe. Wenn in L. 12. §. 3. D. 30. ausgesprochen wird: interdum tamen in legatis non posterior, sed praecedens scriptura valet; nam si ita scripsero, „quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego“, quod infra legatum erit, non valebit, so bezieht sich dies auf eine in demselben Testamente ausgesprochene Erklärung, und hier kann es nicht zweifelhaft sein, daß die in demselben Testamente im voraus ausgesprochene Erklärung, daß die weiter in demselben ausgesetzten Legate ungiltig sein sollen, diesen im voraus die Giltigkeit benehme. Denn hier ist nur von einer gleichzeitigen Willenserklärung, nämlich von der Testamentshandlung, welche nur Eine ist, die Rede. Wenn also der Testator im voraus bei der Testamentserrichtung den in demselben Testamente ausgesetzten Legaten die Giltigkeit abspricht, so ist in der That sein Wille zu legiren gar nicht vorhanden. Ueberdies scheint der ganze Streit sehr müssig. Fälle der Art, wie sie in den in der Note 951 angeführten Stellen vorgetragen werden, gehören in Teutschland zu den juristischen Curiositäten. Wenngleich die Möglichkeit des Vorkommens derselben nicht in Abrede zu stellen ist, so wird dies doch sehr selten der Fall sein, da Privattestamente in Teutschland nur Ausnahme, die gerichtlichen Testamente dagegen Regel sind. Wird dem Gerichte ein Testament des Inhaltes, wodurch die in demselben Testamente ausgesetzten Legate im voraus für ungiltig erklärt werden, zu Protocoll gegeben, so hat das Gericht den Testator darauf aufmerksam zu machen, daß eine solche Erklärung einen Widerspruch enthalte; es ist dazu vermöge seines Amtes verpflichtet, damit nicht Dispositionen getroffen werden, deren Ungiltigkeit oder wenigstens Zweifelhaftigkeit, daß daraus vielfache Streitigkeiten entstehen könnten, sich im voraus von dem Gerichte übersehen läßt. Wird dagegen dem Gericht ein Testament des gedachten Inhaltes übergeben, so hat sich zwar das Gericht um dessen Inhalt, wenn der Testator versichert hat, daß die von ihm übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, nicht weiter zu bekümmern; allein da eine solche Schrift, welche der Testator als sein Testament dem Gerichte übergiebt, regelmäßig durch einen Rechtsverständigen verfaßt zu werden pflegt, so wird derselbe auch darauf bedacht sein, daß Erklärungen der Art, wie sie die angeführten Stellen enthalten, im Testamente nicht vorkommen. Wenn übrigens die Regel, daß eine Vorschrift des Testators über die Form eines künftigen letzten Willens auf den Rechtsbestand desselben überall keinen Einfluß habe, zunächst nur für Codicille von den römischen Juristen aufgestellt worden ist, welche doch nur als Theil des früher errichteten Testamentes anzusehen waren, so muß dies natürlich noch vielmehr für ein nachfolgendes feierliches Testament gelten. Welche Wirkung der derogatorischen Clausel bei wechselseitigen Testamenten beizulegen sei, ist bei der Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten bereits erörtert worden. Zweite Frage: Kann die

Unwiderruflichkeit eines Testamentes durch Vertrag begründet werden? Nach römischem Rechte muß diese Frage unbedingt verneint werden. Die Widerruflichkeit letzter Willen war so stark in der Rechtsanschauung der Römer begründet, daß sich der Testator in dieser Beziehung selbst die Hände nicht binden konnte, und daß Erbverträge unzulässig waren. Die teutsche Rechtsansicht ist aber eine andere, daher die Zulässigkeit der Erbverträge. Zwar ist hier nicht von einfachen Erbverträgen die Rede, sondern von Testamenten, welche durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden sollen. Allein daraus, daß das teutsche Recht unwiderrufliche Verfügungen auf den Todesfall zu treffen verstattet, folgt nothwendig, daß auch der Inhalt eines Testamentes durch Vertrag müsse bestätigt werden können. Der Name Testament ist hier unerheblich; blos der Wille des Erblassers ist entscheidend. Solche Verträge nun, wodurch die Unwiderruflichkeit eines Testamentes erklärt wird, sind der Sache nach wahre Erbverträge und es versteht sich daher auch von selbst, daß, wenn für Erbverträge gewisse Formen vorgeschrieben sind, diese auch bei den Verträgen, wodurch ein Testament für unabänderlich und unwiderruflich erklärt wird, beobachtet werden müssen. Subjecte dieses Vertrages nun sind der Erblasser und derjenige, der rechtlich dabei interessirt ist, daß das Testament nicht aufgehoben werde, meistens der Erbe selbst. Die Eingehung des Vertrages ist sowohl vor als nach der Testamentserrichtung möglich; sie kann aber auch neben und in Verbindung mit dem Testamente vorkommen. Gegen die Zulässigkeit der letzteren Erklärungsart scheint allerdings die erforderliche Einheit des Testamentsactes zu sprechen; allein da das Ganze überhaupt nur vermöge des Vertrages gilt, mithin in aller Beziehung ein wahrer Erbvertrag vorliegt, so muß auch eine während des Testamentsactes erfolgte Willenseinigung für rechtlich zulässig erachtet werden. Regelmäßig wird der Fall der sein, daß der Erbe, welcher freilich nicht zu den Testamentszeugen gehören darf, die in dem Testamente ausgedrückte Unwiderruflichkeit nach der Testamentshandlung förmlich acceptirt oder daß sich der Erblasser und der Erbe unter der Testamentsurkunde darüber einigen. Daß auch die in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren beigefügte derogatorische Clausel als eine vertragsmäßige Einigung anzusehen sei, ist bereits bei der Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten bemerkt worden. — Die Willensänderung des Testators kann erklärt werden I. durch Widerruf, II. durch Errichtung eines neuen Testamentes, III. durch physische Zerstörung [illegible] Testamentes oder seines Inhaltes. Im ersten Falle spricht man von einer revocatio verbalis, in den beiden letzten von einer revocatio realis. Betrachten wir nun die einzelnen Fälle besonders. I. Widerruf[953]). Darunter versteht man die auf gewöhnliche Art ausgesprochene Willenserklärung, daß das

---

953) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 250—334. Ueber die Literatur siehe daselbst S. 250, N. 33a.

Testament nicht mehr gelten solle. Diese Erklärung muß vor drei Zeugen erfolgen[954]). Es ist dieses keine willkürliche Satzung, wofür man es wohl hin und wieder hat ansehen wollen, sondern es steht dieses mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und mit dem früheren Rechte unverkennbar im Zusammenhange. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, daß die Aufhebung von Rechtsverhältnissen und Geschäften auf eine ihrer Eingehung entsprechende Art erfolge[955]). Indessen ist die zweite der in der letzten Note angeführten Stellen nicht so zu verstehen, als ob das Aufhören eines Rechtsverhältnisses stets durch eine dem Entstehungsacte entgegengesetzte Handlung bedingt sei. Für Testamente bezweifelt man wohl die Anwendung jener Regel, weil sich in älteren Rechtsquellen keine Spur von Feierlichkeiten finde, welche bei der Aufhebung von Testamenten hätten beobachtet werden müssen. Allein es ist erweislich, daß, abgesehen von der physischen Zerstörung des Testamentes, im älteren Rechte einfacher Widerruf zur Aufhebung eines Testamentes nicht genügte, vielmehr stets dazu Errichtung eines neuen Testamentes nöthig war. Ein directes Zeugniß dafür findet sich in den Institutionen[956]), wo gesagt wird: ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere. Indirect aber wird dies dadurch erwiesen, daß, wenn von eigentlicher Ruption eines Testamentes die Rede ist, immer nur die beiden Gründe, postumi agnatio und novum testamentum genannt werden[957]). Zwar berufen sich die Gegner auf eine Stelle von **Ulpian**[958]), worin gesagt wird, daß, wenn die Testamentsurkunde zerschnitten oder durchstrichen sei, oder der Testator auf andere Weise seinen Willen geändert habe und ab intestato beerbt sein wollte, Intestaterbfolge eintrete. An eine Aenderung durch ein neues Testament ist hier nicht zu denken, da ausdrücklich gesagt wird, der Testator habe die Absicht geäußert, ohne Testament zu sterben. Man kann indessen auf diese Aeußerung des Juristen kein großes Gewicht legen, und da überhaupt von der Möglichkeit des Widerrufes eines Testamentes ohne Errichtung eines neuen erst in einer Constitution **Justinian's** die Rede ist, so wird man wohl jene Aeußerung unbedenklich dahin erklären können, daß der Jurist hier nicht etwa überhaupt von den möglichen Arten der Aufhebung von Testamenten spricht, sondern nur sagen will, daß auch durch physische Zerstörung des Testamentes die Intestaterbfolge herbeigeführt werden könne, wobei er denn einige solcher Handlungen, wie dies geschehen kann, namentlich aufführt und dann noch ganz allgemein hinzufügt: oder wie sonst etwa durch Handlungen die Absicht, ohne Testament sterben zu wollen, an den Tag gelegt

954) L. 27. C. VI. 23. von **Justinian**.
955) L. 35. 100 D. 50. 17.
956) §. 7. Inst. II. 17.
957) S. die Stellen bei **Brissonius**, de verborum significatione v. **rumpere** §. 4.
958) L. 1. §. 8. D. 38. 6.

werden kann. Bei mündlichen Testamenten nun ist physische Vernichtung nicht möglich. Seit das Mancipationstestament schriftlich errichtet wurde, machte eine Zerstörung desselben die Realisirung unmöglich, da, wenn auch die Zeugen den Inhalt des Testamentes kannten, der Prätor doch nur aus einem bei dem Tode des Testators noch vorhandenen und mit sieben Siegeln verschlossenen Testamente eine bonorum possessio secundum tabulas gab[959]), mithin, wenn ein solches nicht existirte, die Intestaterben eine wirksame bonorum possessio erhielten. Dasselbe war der Fall, wenn der Inhalt des Testamentes zerstört war[960]). Allerdings berücksichtigte man dabei den Willen des Testators; dem Testamentserben, welcher sein Recht aus einem solchen Testamente geltend machen wollte, stand die doli exceptio entgegen, weil er gegen den offenbaren Willen des Erblassers handelte[961]); es wurde aber auch umgekehrt die exceptio der Intestaterben nicht zugelassen, wenn nicht absichtlich, sondern durch Zufall das Testament oder dessen Inhalt zerstört war, aber, wie sich von selbst versteht, dessen Dasein erweislich war[962]). Weiter aber ging man nicht. Ein bloßer Widerruf des Testamentes blieb unbeachtet, woraus dann folgt, daß die Aufhebung der später wieder aufgekommenen mündlichen Testamente lediglich durch ein neues Testament möglich war. Inmittelst hatte sich das Recht des Fiscus, Erbschaften und Erbtheile einzuziehen, welche ein Testamentserbe nicht erhalten konnte, immer mehr ausgebildet. Insbesondre nahm man das Ereptionsrecht des Fiscus in dem Falle an, wenn der Testator unfähige Erben in einem zweiten Testamente eingesetzt hatte. Wenn auch dadurch das erste Testament nicht rumpirt wurde und ebensowenig hier Intestaterbfolge eintreten konnte, aber auch die im ersten Testamente eingesetzten Erben nach dem Willen des Testators ausgeschlossen sein sollten, so wurde dies als eine Indignitätserklärung behandelt. Hierauf wurde weiter fortgebaut und nach einer Entscheidung von Marcus Aurelius sollte es schon für eine Indignitätserklärung gelten, wenn der Testator den Namen des Erben durchstrich[963]). Die Anmaßungen des Fiscus gingen aber weiter; ein gleiches Recht wurde auch dann geltend zu machen gesucht, wenn der Testator ein zweites, aber unvollständiges Testament hinterlassen hatte. Man schloß hier so: da nach des Testators Willen weder die Intestaterben, noch die zuerst Eingesetzten etwas erhalten sollen, die im zweiten Testamente Bedachten aber nichts erhalten können, so fällt die Erbschaft an den Fiscus. Diesem trat ein Senatusconsult unter Pertinax entgegen, dessen Inhalt in den Institutionen angegeben wird[964]). Es wurde dadurch, außerdem daß die

959) Gai. Inst. Comm. II. §. 119. 147. L. 1. §. 3. D. 37. 11.
960) L. 1. §. 8. D. 44. 4.
961) Arg. L. 4. §. 10. D. 44. 4.
962) L. 1. D. 28. 4. L. 1. §. 10. 11. D. 38. 11.
963) L. 12. D. 34. 9.
964) §. 7. Inst. II. 17.

Erbeinsetzung des Kaisers eines Rechtsstreites halber verboten wurde, auch bestimmt, daß nur ein vollständiges Testament auf das frühere einen Einfluß äußern können sollte; fehlte irgend etwas, so wurden die in dem früheren Testamente Eingesetzten weder durch die Intestaterben, noch durch den Fiscus ausgeschlossen. Daneben blieben die einmal zu Gunsten des Fiscus anerkannten Indignitätsfälle in voller Geltung. So galt nach wie vor die inductio nominum für eine Indignitätserklärung, vorausgesetzt, daß nicht der Testator beabsichtigt hatte, Intestaterbfolge eintreten zu lassen, welche Absicht freilich die Intestaterben zu erweisen hatten[965]). Es könnte also im älteren Rechte, außer durch physische Zerstörung des Testamentes oder seines Inhaltes, die Aufhebung eines Testamentes nur durch ein neues rechtsbeständiges Testament erfolgen. Eine neue Art der Ruption aber, eigenthümlicher Art, führte Kaiser Honorius ein. Nachdem im Jahre 416 in seinem Namen und im Namen von Theodosius II. bestimmt worden war, daß Zeugnisse unberücksichtigt bleiben sollten, wonach der Testator zum Besten des Kaisers eine frühere testamentarische Verfügung abgeändert habe[966]), erschien im Jahre 418 eine von Ravenna datirte Constitution von Honorius, welche in der Ueberschrift zugleich den Namen von Theodosius II. enthält und verordnet, daß ein Testament von selbst seine Wirksamkeit verlieren solle, wenn es 10 Jahre alt geworden ist[967]). Der hauptsächlichste Grund, auf welchen die Vorschrift gestützt wird, ist der darin angegebene, daß nach Ablauf von 10 Jahren vielleicht kein einziger Zeuge mehr vorhanden sei, folglich es an Mitteln fehlen dürfte, das Dasein und den Inhalt des Testamentes gehörig festzustellen. Ueber den Sinn der Worte der Constitution: Vix enim fieri potest — mors surripiat, ist unter den Auslegern Streit[968]). Justinian hob die Constitution des Honorius wieder auf, ohne doch das alte Recht ganz wiederherzustellen. Seine deshalb erlassene Verordnung ist vom Jahre 530[969]). Nach der gewöhnlichen und auch richtigen Erklärung dieser Stelle ist hier bestimmt, daß ein Testament weder allein durch den Ablauf von 10 Jahren seine Kraft verlieren solle, noch allein durch den entgegenstehenden Willen des Testators, sondern entweder a) nur durch ein neues vollständiges Testament oder b) durch einen Widerruf vor nicht weniger als drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protocoll in Verbindung mit dem Ablaufe von 10 Jahren[970]). Auch die Meinung

965) L. 4. fin. D. 28. 4.

966) L. 5. Th. C. IV. 4. etwas verändert als L. 20. C. VI. 23. aufgenommen.

967) L. 6. Th. C. IV. 4.

968) Siehe darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 269 flg.

969) L. 27. C. VI. 23.

970) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 275, N. 84, der selbst diese Meinung billigt und von S. 275 flg. die weiteren Streitfragen erörtert. In der Synopsis major p. 323., aus welcher Basil. XXXV. 2. cap. 22. n. 1. ed. Heimb. T. III. p. 548. restituirt ist, wird der Sinn der Constitution ganz ver-

hat Beifall gefunden, daß der Ablauf von 10 Jahren überall nicht erfordert werde, sondern der bloße Widerruf genüge, wenn er nur entweder vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protocoll erklärt sei. Indessen sind die Gründe dafür bei dem keiner Mißdeutung fähigen Ausdruck der Constitution nicht ausreichend. Bleiben wir bei der gewöhnlichen Ansicht stehen, so sind zuvörderst noch einige Nebenfragen zu berühren. Die erste Frage ist, ob die Zeugen die Eigenschaft von Testamentszeugen haben müssen. Justinian nennt tres testes idoneos. Dieser Ausdruck wird indessen auch von tüchtigen Beweiszeugen gebraucht; es folgt also aus demselben für die Nothwendigkeit der Qualification der Zeugen als Testamentszeugen nichts. Eher kann man dafür anführen, daß zum Beweise nur zwei Zeugen gehören, Justinian aber wenigstens drei Zeugen oder gerichtlichen Widerruf erfordere, also eine Rechtsform vorschreibe. Allein da auch in anderen Fällen nicht der Solennität halber, sondern um der größeren Sicherheit des Beweises willen, mehr als zwei Zeugen verlangt werden[971]), und sehr wohl erklärlich ist, daß der Kaiser hier, wo das Dasein eines rechtsbeständigen und unverletzten Testamentes vorausgesetzt wird, einen etwas stärkeren Beweis des Widerrufes, als durch die gewöhnlich zur Erbringung des Zeugenbeweises genügenden zwei Zeugen, erfordert, so kommt auch dieses Argument wenig in Betracht. Dennoch ist die entgegenstehende Ansicht die richtigere. Justinian's Constitution ist ein rein correctorisches Gesetz, mithin in dem Sinne zu verstehen, der sich von dem bisher gegolten habenden Rechte am wenigsten entfernt. Da nach dem bisherigen Rechte (abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Verordnung von Honorius) die Aufhebung eines Testamentes nur durch ein neues möglich war, so verordnet Justinian nun, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Widerruf auch vor weniger Zeugen, als zur Errichtung eines Testamentes gehören, geschehen könne. Er beschränkt mithin nur die Anzahl der Zeugen, bestimmt aber über deren Befähigung nichts, daher es denn in dieser Beziehung bei der Regel bleiben muß, daß Frauen nicht Solennitätszeugen sein können. Es kommt aber noch hinzu, daß hier überall nicht, wie in anderen Fällen, wo mehr als zwei Zeugen verlangt werden, vom Beweise die Rede ist, sondern bestimmt ist, daß der Widerruf vor drei Zeugen geschehen solle. Die drei Zeugen gehören also wesentlich mit zur Perfection der Widerrufserklärung, oder sie sind Solennitätszeugen; aber sie sind auch nur dieses. Daß der Widerruf des Testamentes vor drei Zeugen geschehen sei, kann daher auch durch andere Beweismittel, wie durch Urkunden oder durch zwei Zeugen bewiesen werden, wogegen es sich ganz anders

---

ändert wiedergegeben: ein Testament soll durch den Ablauf von 10 Jahren nicht aufgehoben werden können, wenn nicht eine neue vollständige letzte Willensverordnung vor sieben oder fünf Zeugen hinzugetreten ist.

971) Beispiele siehe in L. 15. §. 1. L. 18. C. IV. 20.

verhält, wenn durch das Gesetz bestimmt ist, daß eine bestimmte Anzahl Zeugen bezeugen soll, es sei ein Rechtsgeschäft auf gewisse Weise zu Stande gekommen[972]). Die zweite Frage, ob die Zeugen rogirt sein müssen, ist in der That eine müssige. Soll ein Rechtsgeschäft durch eine Erklärung vor Zeugen sein gesetzliches Dasein erhalten, so ist es nicht hinreichend, wie wenn es sich blos um den Beweis handelt, daß in Gegenwart der Zeugen eine Erklärung abgegeben worden sei, sondern diese müssen wissen, um welchen Gegenstand es sich handelt; sie müssen vor dem Acte davon in Kenntniß gesetzt werden, daß hier ein von ihnen zu bezeugendes Rechtsgeschäft vorgehe. Die dritte Frage ist, ob die sog. unitas actus erforderlich sei. Diese Frage ist lange nicht so praktisch wichtig, wie in Bezug auf Testamente, indem es nicht leicht vorkommen wird, daß fremdartige Rechtsgeschäfte und längere Unterbrechungen bei dem bloßen Widerrufe eines Testamentes stattfinden. Selbstverständlich darf die Erklärung des Widerrufes nicht vor jedem Zeugen besonders geschehen und ebenso muß sie deutlich, bestimmt und zusammenhängend sein. Uebrigens kann die sog. unitas actus deshalb nicht bei dem Widerrufe als eigentliches Erforderniß betrachtet werden, wie bei Testamenten, weil, wenngleich die von Justinian eingeführte Form des Widerrufes daraus zu erklären ist, daß es früher sogar eines neuen Testamentsactes zur Aufhebung eines Testamentes bedurfte, sich doch immer der bloße Widerruf nicht als eigentliche testamentarische Verfügung ansehen läßt. Streitiger als die bisherigen Fragen ist die, ob der zehnjährige Zeitraum von Zeit der Testamentserrichtung oder von Zeit der Erklärung des Widerrufes an zu rechnen sei. Die Annahme des letzteren wird gestützt a) auf den Zusammenhang der Dispositivworte: Sin — — hoc vel per testes idoneos u. s. w. manifestaverit, et decennium fuerit emensum, was doch wohl am einfachsten so verstanden werden müsse: wenn er seinen entgegenstehenden Willen erklärt hat und hierauf 10 Jahre verflossen sind; b) auf die Erklärung Justinian's, daß der 10jährige Zeitraum für sich nichts mehr bedeuten solle, woraus dann gefolgert wird, daß es erst, nachdem die Erklärung des Widerrufes erfolgt sei, anfangen könne zu wirken. Es kann aber diese Ansicht nicht gebilligt, und es muß die, welche die 10 Jahre von der Testamentserrichtung an berechnet, für die richtige ge-

---

972) Z. B. L. 18. C. IV. 20.: nisi quinque testes idonei — cum sacramenti sui religione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum. Abweichend ist die Meinung von Sintenis, Civilrecht §. 179, N. 35, Bd. 3, S. 482, welcher die drei Zeugen, vor denen der Widerruf geschehen soll, analog den drei Zeugen bei den instrumenta quasi publica betrachtet wissen will und daher nur die Fähigkeit gewöhnlicher Beweiszeugen verlangt. Sintenis hat aber hierbei übersehen, daß L. 11. C. qui potiores in pignore VIII. 17. (18.), welche Stelle die Quelle des Unterschiedes der instrumenta publica und sog. quasi publica ist, ausdrücklich die Unterschrift von drei Mannspersonen unter den instrumenta quasi publica verlangt, also das Zeugniß von Frauenspersonen hier ausdrücklich ausgeschlossen ist.

halten werden. Der Gesetzgeber bestimmt ja nur, daß der Zeitablauf allein, d. h. ohne den Widerruf, nicht weiter wirksam sein solle. Es wird das Zusammentreffen beider erfordert; dies ist aber immer der Fall, wenn von der Testamentserrichtung bis zu dem Tode des Testators 10 Jahre verflossen sind. Entscheidend ist hier, daß der 10jährige Zeitraum ohne Zweifel aus der Constitution von Honorius beibehalten worden ist; allein soll dieser Zeitraum nicht mehr wirken, sondern nur in Verbindung mit dem Widerrufe. In dieser Constitution ist nun der terminus a quo die Zeit der Testamentserrichtung, und es ist daher im Zweifel auch eine Aenderung dieses Zeitpunktes nicht anzunehmen. Dazu kommt, daß im Anfange der Justinianeischen Verordnung ausdrücklich gesagt wird, der Ablauf von 10 Jahren seit der Errichtung des Testamentes (si post eius confectionem decennium profluxerit) solle allein das Testament nicht unwirksam machen. Wird alsdann weiter bestimmt, was noch außerdem hinzutreten müsse, damit das Testament für ungiltig zu halten sei, so darf dies selbstverständlich auf keinen anderen Zeitraum als den zuerst genannten bezogen werden. Auch daß es in der Constitution heißt: Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur etc., unterstützt die hier angenommene Ansicht. Wenn also während des 10jährigen Zeitraums (nach der Testamentserrichtung) ein entgegengesetzter Wille des Testators bewiesen wird und dieser in einem zweiten vollständigen Testamente vorliegt, so soll das frühere Testament ipso iure sofort aufgehoben sein. Wenn aber (hier ist zu wiederholen in medio tempore) der Testator blos den Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protocoll erklärt hat: et decennium fuerit emensum, und der Ablauf von 10 Jahren hinzugekommen ist, so soll das Testament tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali ungiltig sein. Es kann dem ganzen Zusammenhange nach nur der Ablauf des Jahrzehnts von der Testamentserrichtung verstanden worden sein. Eine weitere Streitfrage ist die, ob denn nicht ein Widerruf vor sieben Zeugen ohne den Ablauf von 10 Jahren zur Aufhebung des Testamentes genüge? Die bejahende Meinung ist von Vielen vertheidigt worden[973]), bald unbeschränkt, bald mit gewissen Unterscheidungen. Im allgemeinen sucht man diese Ansicht so zu begründen, daß, da nach einer allgemeinen Regel ein Verhältniß so aufgelöst werde wie es entsteht, Testamente aber vor sieben Zeugen errichtet werden, sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen müßten entkräftet werden können. Häufig wird dieser Grundsatz ohne alle Einschränkung geltend gemacht, d. h. der bloße Widerruf soll für alle Arten der Testamente, sowohl schriftliche als mündliche, zulässig sein. Von Manchen wird die Regel: naturale est, eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est, mit mehr Consequenz angewendet, indem sie entweder eine bestimmte Erklärung darüber verlangen, daß Intestaterbfolge eintreten solle oder

973) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 292, N. 9—16.

den Widerruf nur bei mündlichen Testamenten zulassen, da eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart des schriftlichen Testamentes nicht entspreche. Indessen ergiebt die Wortfassung des Gesetzes selbst, daß auf die Zahl der Zeugen nichts ankommt. Das Gesetz fordert ausdrücklich eine Erklärung vor nicht weniger als drei Zeugen und außerdem noch den Ablauf eines 10jährigen Zeitraums. Eine größere Zahl von Zeugen kann also die Wirkung des Widerrufes nicht verstärken; nur unter drei Zeugen dürfen es nicht sein. Auch ist die Anwendung der obigen Regel hier ganz unrichtig. Vor sieben Zeugen kann ein Testament errichtet werden; zum Testamente gehört aber nothwendig die Erbeinsetzung und ohne die Erbeinsetzung existirt eine dem Entstehungsacte entsprechende Handlung gar nicht. Deshalb ermangelt auch der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten hier aller Bedeutung. Eine besondere Meinung ist die, daß zwar der Widerruf vor drei Zeugen ohne den Ablauf von 10 Jahren unwirksam sein, dagegen der gerichtliche Widerruf sofort seine Wirkung äußern soll. Sie wird darauf gestützt, daß ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleichstehe, eine gerichtliche Erklärung desselben aber nicht weniger gelten könne, indem ja ein Testament ebensowohl durch Erklärung vor Gericht als vor sieben Zeugen errichtet werden könne. Die Bestimmung über die Nothwendigkeit des Ablaufes von 10 Jahren sei daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf die vor drei Zeugen geschehende zu beziehen. Allein die Bestimmung wegen des Ablaufes von 10 Jahren steht gerade mit der Aeußerung über den Widerruf ad acta in unmittelbarer Verbindung, so daß es unmöglich ist, jene Bestimmung nicht hierauf, sondern nur auf die vorhergehende Aeußerung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Allerdings kann eine Erklärung zu Protocoll nicht weniger gelten als die vor sieben Zeugen; aber hierin liegt noch ein Argument mehr für die Meinung, daß der bloße Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht aufheben könne. In Bezug auf die Anwendung des Justinianeischen Gesetzes ist auch nicht zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten zu unterscheiden. Alle Arten von Testamenten, auch die privilegirten werden in der Regel durch Widerruf vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablaufe von 10 Jahren aufgehoben, bleiben aber auch sonst, wie die nicht privilegirten, bei Kräften. Eine Ausnahme tritt bei dem testamentum parentum inter liberos ein, wovon schon früher gehandelt worden ist. Inwiefern bei dem testamentum ad piam causam Widerruf erfolgen könne, ist ebenfalls bei diesem Testamente bereits erörtert und der Grundsatz aufgestellt worden, daß sowie Gewißheit des Willens des Testators zur Giltigkeit eines solchen Testamentes genüge, so auch zu dessen Aufhebung dieselbe Gewißheit hinreichen müsse und es hier weder auf die drei Zeugen noch auf den Ablauf von 10 Jahren ankomme. Für den Widerruf des Soldatentestamentes gilt ebenfalls etwas Besonderes. Denn sowie ein Soldat nach römischem

Rechte durch bloße einfache unförmliche Willenserklärung eine Erbschaft geben kann, so kann er sie auch durch dieselbe wieder nehmen[974]). Dieses findet auch in Bezug auf ein solches Testament statt, welches der Soldat unter Beobachtung der Formen des gemeinen Rechtes errichtet hat, jetzt aber nicht weiter bestehen lassen will[975]). Auch die Aufhebung gerichtlicher Testamente steht unter denselben Regeln, da das Gesetz allgemein spricht. Ein gerichtliches Testament wird durch Widerruf vor drei Zeugen, wenn 10jähriges Alter des Testamentes hinzutritt, aufgehoben. Sehr streitig ist die Frage, ob ein gerichtliches Testament durch Zurücknahme aus dem Gerichte seine Giltigkeit verliere. Diese Frage kann in einer doppelten Beziehung aufgeworfen werden; erstlich, ob die Zurücknahme des Testamentes dessen Giltigkeit ohne weiteres und ganz abgesehen von dem Willen des Testators vernichte? zweitens, ob die Zurücknahme des gerichtlichen Testamentes eine Vernichtung desselben in dem Falle bewirke, wenn der Testator diese beabsichtigt? Mit dieser zweiten Frage ist nicht die zu verwechseln, ob durch die Zurücknahme schon die Absicht an den Tag gelegt sei, das Testament zu widerrufen?[976]). Was die erste Frage anlangt, so halten Viele die Aufbewahrung des Testamentes im Gericht zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testamentes für wesentlich nothwendig und meinen daher, daß das Testament durch die Zurücknahme von den Acten seine Giltigkeit verliere[977]). Denn bleibe das Testament nicht bei den Acten bis zu seiner Eröffnung nach dem Tode des Testators, so fehle es nicht blos an der Form eines gerichtlichen Testamentes, welche eben darin bestehe, daß es den Gerichtsacten einverleibt und mit denselben verbunden werde, daher es nicht mehr als ein gerichtliches gelten könne, wenn es durch Zurücknahme von den Acten getrennt worden sei; sondern es fehle auch an der vollkommenen und unzweifelhaften Gewißheit, welche nur dann vorhanden sei, wenn das Testament bis zu seiner Eröffnung in gerichtlicher Verwahrung geblieben sei. Andere hingegen unterscheiden zwischen einem schriftlichen, dem Gerichte übergebenen Testamente und einem mündlichen, vom Testator zu gerichtlichem Protocoll erklärten Testamente[978]); ersteres müsse in der gerichtlichen Verwahrung bleiben und könne nicht mehr als gerichtliches gelten, wenn dasselbe auf Verlangen des Testators von dem Richter, obgleich der Umschlag noch mit dem Gerichtssiegel versehen ist, zurückgegeben werde, weil es nur zu leicht der Verfälschung in dem Privatbesitze des Testators

974) L. 15. §. 1. D. 29 1.

975) L. 34. §. 2. D. 29. 1.

976) Vgl. über die erste Frage Glück, Erl. der Pand. Bd. 34, S. 218—226, über beide Mühlenbruch Forts. Bd. 38, S. 302—320. Letzterem folgen wir im wesentlichen.

977) Vertheidiger dieser Meinung führt an Glück a. a. O. S. 219, N. 94.

978) Siehe die Citate bei Glück a. a. O. S. 220, N. 95.

unterworfen sein würde. Die Meisten erklären sich jedoch dafür, daß zur Giltigkeit eines gerichtlichen Testamentes die beständige Aufbewahrung desselben in dem Gerichte bis zum Ableben des Testators kein so wesentliches und nothwendiges Erforderniß sei, daß es durch Zurücknahme aus dem Gerichte von Seiten des Testators allein seine Kraft und Giltigkeit verliere, wenn nur das zurückgenommene Testament die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung noch unverletzt an sich führt, ohne Unterschied, ob das Testament mündlich vom Testator zu Protocoll erklärt oder dem Gerichte schriftlich übergeben worden sei[979]). Wir können uns nur für die zweite Ansicht, jedoch mit Modificationen, erklären[980]). Ein zu gerichtlichem Protocoll erklärtes Testament, die einzige Art gerichtlicher Testamente, welche die Römer kannten, erhält sein Wesen und seine Giltigkeit allein durch die gerichtliche Verlautbarung des letzten Willens; eine Aufbewahrung im Gerichte wird nicht erfordert; es kann also auch dessen Giltigkeit nicht von dieser Aufbewahrung abhängen, da das gerichtliche Testament dieser Art nach gemeinem Rechte blos wegen des gerichtlichen Glaubens und richterlichen Ansehens, unter welchem es errichtet worden ist, gilt. Durch die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Archive verliert das Testament allerdings die Kraft einer archivalischen Urkunde; seiner selbstständigen Natur als Testament kann dies aber keinen Eintrag thun. Dasselbe muß natürlich auch in dem Falle gelten, wenn Jemand ein feierliches Privattestament bei einer Behörde niederlegt und es später wieder zurücknimmt. Zweifelhafter erscheint die Sache, wenn ein Privataufsatz durch bloße Niederlegung bei der Behörde die Kraft einer förmlichen letzten Willensverordnung erhält (eine Art zu testiren, deren Zulässigkeit freilich nach gemeinem Rechte sehr zu bezweifeln ist und nur in Partikularrechten gegründet sein kann). Man kann aber hier in der Zurücknahme des Testamentes aus der gerichtlichen Verwahrung nur einen Widerruf des Testators erblicken, welcher sofort in Kraft tritt. Die Aufnahme in das Archiv vertritt allerdings bei solchen Testamenten die Stelle der Solennität; sie kann aber nicht als Testamentshandlung gelten, wie die gerichtliche Verlautbarung des letzten Willens, ebensowenig das Zeichen der Deposition, womit solche Testamente versehen zu sein pflegen, indem dieses lediglich zum Beweise der erfolgten Niederlegung geschieht. Wo also die Uebergabe hinreicht, um dem Aufsatze die Kraft eines Testamentes zu verleihen, da kann der Grund davon nur die höhere Beweiskraft archivalischer Urkunden sein. Es folgt hieraus, daß die Giltigkeit solcher Testamente von der fortdauernden Aufbewahrung derselben im Archive abhängt. Als gemeinrechtlich durch Gewohnheitsrecht

979) Zahlreiche Vertheidiger dieser Ansicht führt an Glück a. a. O. S. 221, N. 96.

980) Dies ist auch die Meinung von Mühlenbruch Forts. Bd. 38, S. 302 flg.

feststehend kann nur die Art der Uebergabe eines Testamentes bei Gericht angesehen werden, bei welcher ein wahrer Vollziehungsact von Seiten des Testators vorkommt, nämlich, wenn die Testamentsurkunde versiegelt übergeben wird, die bestimmte Erklärung des Testators, wodurch er versichert, daß der übergebene Aufsatz seinen wahren letzten Willen enthalte, und die Aufnahme eines Protocolles darüber hinzutritt. Dies ist ebensogut eine wahre Testamentshandlung wie die Vollziehung eines schriftlichen Testamentes vor sieben Zeugen; es kann mithin auch die Zurücknahme desselben keine anderen Wirkungen haben, als wenn ein förmliches Privattestament einer Behörde übergeben und wieder zurückgefordert wird. Wo aber nach Partikularrechten ein bloßer Privataufsatz schon darum als Testament gilt, weil er im Gerichte niedergelegt ist, so muß durch dessen Zurücknahme aus den obigen Gründen die Testamentseigenschaft auch wieder aufhören, ohne daß man dazu noch eine besondere Erklärung des Widerrufes oder den Ablauf von 10 Jahren verlangen kann. Justinian's Verordnung über den Widerruf ist hierauf nicht anwendbar, weil das römische Recht diese Art zu testiren nicht kennt. Die zweite Frage war, ob die Zurücknahme des gerichtlichen Testamentes eine Aufhebung desselben in dem Falle, wenn der Testator diese beabsichtigt, bewirke? Verschieden davon ist die Frage, ob durch die Zurücknahme schon die Absicht, das Testament zu widerrufen, an den Tag gelegt sei? Vor allen kommt es hier auf die Umstände an, unter welchen die Zurücknahme erfolgte. Sie können der Art sein, daß aus ihnen die fragliche Absicht unzweifelhaft hervorgeht; wo sie aber keinen sicheren Schluß auf diese Absicht zulassen, muß man sich dagegen erklären, da die Gründe, wodurch der Testator zur Zurücknahme bestimmt worden ist, sehr verschieden und sehr wohl mit der Absicht vereinbar sein können, daß das Testament nach wie vor seine Giltigkeit behalten solle. Noch fragt es sich, welche Wirkung hier der bloße gerichtliche Widerruf, ohne Zurücknahme des Testamentes, habe. Nach der Verordnung Justinian's hat der gerichtliche Widerruf nicht mehr Wirkung als der vor Zeugen erfolgte; es muß noch 10jähriges Alter des Testamentes hinzukommen. Manche wollen dies nicht von öffentlichen Testamenten gelten lassen, wofür der Hauptgrund sein soll, daß die Constitution von diesen Testamenten überall nicht verstanden werden dürfe. Allein die Constitution spricht ganz allgemein von allen Testamenten: aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, und es muß in diesem allgemeinen Sinne die Vorschrift umsomehr verstanden werden, als schlechterdings kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Aufhebung öffentlicher Testamente leichter von Statten gehen könne, als die von Privattestamenten. Selbst die mit einem Widerrufe verbundene Zurücknahme des öffentlichen Testamentes kann nicht als eine Handlung gelten, wodurch das Testament sofort vernichtet wird, sondern es wird noch der Ablauf von 10 Jahren seit der Testamentserrichtung erfordert werden müssen. Reicht nämlich die

Zurücknahme an sich nicht schon zur Aufhebung des Testamentes hin, so ist auch nicht einzusehen, wie sie die Kraft des Widerrufes vermehren soll; es kommt vielmehr Alles lediglich auf die Willenserklärung an. Ist diese allein unzureichend, dem Testamente sofort seine Kraft zu entziehen, so kann dies auch die Zurücknahme nicht bewirken. Es mangelt der Zurücknahme an und für sich alle rechtliche Bedeutung; deshalb ist auch ein Widerruf giltig, d. h. er hat die ihm überhaupt beiwohnenden rechtlichen Folgen, wenn auch das widerrufene Testament in der gerichtlichen Verwahrung bleibt. Was die Art anlangt, wie öffentliche Testamente zu widerrufen sind, so ist es unzweifelhaft, daß auch gerichtliche Testamente vor drei Zeugen sowie umgekehrt Privattestamente durch Erklärung vor Gericht widerrufen werden können. Dann muß die Widerrufserklärung vom Erblasser in Person geschehen. Wenn auch der Testator sein Testament mittelst eines Bittschreibens oder eines Bevollmächtigten zurückverlangen kann, so ist dies doch als Widerrufshandlung unwirksam, wenn auch die Absicht des Widerrufes dabei ausgedrückt ist; immer müßte noch Vernichtung des Testamentes oder Errichtung eines neuen Testamentes hinzutreten. Endlich muß über den vor Gericht erklärten Widerruf ein Protocoll aufgenommen werden. Zwar wird auch behauptet, daß ein Protocoll nicht nöthig sei, weil es nur zum Beweise diene, dieser aber auch durch mündliche Aussage der Gerichtspersonen, vor denen der Widerruf erklärt worden ist, hergestellt werden könne. Allein die Mitglieder des Gerichtes sind bei dieser Handlung nicht gewöhnliche Zeugen, sondern sie sind dabei in der Eigenschaft als öffentliche Behörde thätig; es ist etwas vor dieser Geschehenes officiell festzustellen, was nur auf die für amtliche Handlungen übliche Art und Weise erfolgen kann. Abgesehen von dem, was diesfalls schon unter den Römern zur Zeit der christlichen Kaiser nothwendig war, nämlich acta, d. h. sofortige Aufzeichnung dessen, was vor der Behörde vorgegangen war oder was wir Aufnahme eines Protocolles nennen, ist heutzutage nicht die Giltigkeit gerichtlicher Handlungen[981]), sondern der Beweis derselben regelmäßig dadurch herzustellen, daß darüber Acten aufgenommen sind, daß über Alles, was vor Gericht vorgeht, Protocolle niedergeschrieben werden. Es kann also nicht daran gezweifelt werden, daß die Aufnahme eines Protocolles auch bei dem gerichtlichen Widerrufe nothwendig ist. Nur ausnahmsweise, wenn das über den gerichtlich erklärten Widerruf aufgenommene Protocoll verloren gegangen wäre, würde durch die mündliche Aussage der als Zeugen zu vernehmenden, bei der Erklärung zugegen gewesenen Gerichtspersonen der Beweis des Widerrufes hergestellt werden können. Ueber die Frage, ob die in Justinian's Constitution (L. 27. C. VI. 23.) enthaltene Vorschrift auch auf Vermächtnisse anzuwenden sei, also über den Widerruf bei

981) Wie Mühlenbruch a. a. O. S. 314 meint.

Vermächtnissen ist bereits in einem anderen Artikel dieses Werkes gehandelt worden[982]).

II. Aufhebung eines Testamentes durch ein neues Testament[983]). Ein späteres Testament hebt ein früheres auf[984]); das letzte geht allen vorhergegangenen vor[985]) und es tritt diese Wirkung ganz von selbst ein, ohne daß ein ausdrücklicher Widerruf der früheren Testamente in dem späteren nothwendig ist[986]). Nur die Frage kann entstehen, warum das letzte Testament bei den Römern (wenigstens in der früheren Zeit) unbedingt ausschließend war, so daß mithin der in einem früheren Testamente eingesetzte Erbe auch dann vollständig ausgeschlossen wurde, wenn der im folgenden Testamente ernannte Erbe nur auf einen Theil eingesetzt war. Der Grund davon liegt darin: durch das Testament verfügt der Erblasser über die familia, worunter nicht etwa eine theilbare Masse von Vermögensgegenständen, sondern eine untrennbare Einheit von Rechten und Verpflichtungen, kurz die vermögensrechtliche Person des Erblassers zu verstehen ist; es mußte daher widersprechend erscheinen, über die familia verfügen und doch die Verfügung auf einzelne Gegenstände oder Theile beschränken zu wollen. Auch ist wohl die Annahme begründet, daß ursprünglich nur Ein Erbe ernannt werden durfte, welcher dann die zu Gunsten Anderer gemachten Auflagen zu erfüllen hatte. Da indessen doch das Gesetz mehrere gleich nahe Verwandte zur Erbschaft berief, so scheinen die aus dem Begriffe der familia abzuleitenden Beschränkungen der Testirfreiheit von jeher nur objectiver, nicht subjectiver Natur gewesen zu sein, d. h. die familia mußte zwar ganz mancipirt werden, die hereditas aber konnten Mehrere haben. So lange nun die Testamente per aes et libram die allein übliche Form für Testamente der Nichtsoldaten waren, verstand sich die alleinige Geltung nur Eines Testamentes unter mehreren, welche von demselben Testator herrührten, von selbst. Auch die prätorische Testamentsform konnte auf dieses Recht direct keinen Einfluß äußern, da der Prätor aus einem mit den Siegeln von sieben Zeugen besiegelten Testamente eine bonorum possessio secundum tabulas gab, wie wenn förmlich mancipirt wäre. Ebensowenig änderte hieran die unter den christlichen Kaisern aufgekommene neue Testamentsform etwas. Hiernach läßt sich ein Zusammenhang der Regel: nemo paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest mit dem Grundsatze,

---

982) Vgl. Arndts in dem Artikel Legat Bd. VI, S. 296. Ausführlich handelt davon Mühlenbruch a. a. O. S. 320—334.

983) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 335 flg., dessen Ausführung in der Hauptsache zum Grunde liegt.

984) Gai. Inst. Comm. II. §. 144. §. 2. Inst. II. 17. Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 2.

985) L. 1. §. 1. D. 37. 11.: Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas.

986) L. 27. C. VI. 23.: — — si perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur.

daß nur das letzte Testament gelte und die früheren aufhebe, nicht verkennen, da die juristische Consequenz erfordert, daß, wenn überhaupt nicht theilweise verfügt werden darf, auch eine Zertheilung der familia durch mehrere Verfügungen nicht geschehen könne. Auf diesen Zusammenhang deutet auch der Ausspruch Ulpian's hin, ein Soldat könne aus mehreren Testamenten beerbt werden (militi licet plura testamenta facere), weil er wirksam auch über Theile seines Vermögens verfügen und es im übrigen bei der Intestaterbfolge lassen dürfe[987]). Dennoch hat die Regel: nemo pro parte testatus etc. ihre eigenthümliche Bedeutung und es läßt sich aus derselben auf mehrere testamentarische Verfügungen desselben Erblassers nicht argumentiren. Die Regel wurde immer nur auf einen Widerstreit der beiden möglichen Delationsgründe des Erbrechtes bezogen[988]); in Bezug auf das Verhältniß mehrerer Testamente findet sie sich nicht ausgesprochen; nur die Neueren haben sich durch Abstraction die Regel gebildet: nemo cum pluribus testamentis decedere potest. Ueber die sogenannte directe Erbfolge konnte nicht durch mehrere neben einander bestehende Testamente verfügt werden, nur ein Soldat durfte dies, da es hier lediglich auf den Willen des Testators, nicht auf die Form der Verfügung ankam; daher der Ausspruch Ulpian's: militi licet plura testamenta facere, woraus von selbst folgt, was ohnehin unzweifelhaft ist, daß ein Nichtsoldat nicht so verfügen kann, d. h. die juristische Consequenz bringt es mit sich, daß eine directe Beerbung des Erblassers aus verschiedenen Testamenten nicht stattfinden kann. Abgesehen hiervon kommt es immer nur auf den Willen des Erblassers an, oder: directe und indirecte (fideicommissarische) Erbfolge kann ohne Bedenken neben einander bestehen[989]). Die familia konnte nur aus Einem Testamente vererbt werden; es schließt also das letzte ein früheres in dieser Hinsicht immer aus; ja, ist in dem letzten nicht auf eine solche Art verfügt, daß der Wille des Testators erkennbar ist, auch das frühere seinem Inhalte nach gelten zu lassen, so muß es dieses nothwendig vollständig ausschließen; entgegengesetzten Falles aber muß der im letzten Testamente eingesetzte Erbe den im ersten ausgesprochenen Willen des Erblassers, wie andere ihm gemachte Auflagen, anerkennen und erfüllen. Auch ist dies nicht etwa als späteres Recht zu betrachten, da Fideicommisse ohne Zweifel sehr alt sind. Anders ist das Verhältniß der testamentarischen zur Intestaterbfolge. Ein Testament schließt die Intestaterbfolge nothwendig aus. Nur durch testamentarische Verfügung kann dann den Intestaterben noch etwas zugewendet werden; ist dies aber geschehen, so ist nun der Erblasser immer testatus gestorben. Als Modification davon kann

---

987) L. 19. pr. D. 29. 1.: cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte testato, ex parte intestato decedere.
988) L. 7. D. 50. 17.
989) L. 12. §. 1. D. 28. 3. §. 3. Inst. II. 17.

nicht wohl die zulässige Belastung der Intestaterben mit Fideicommissen gelten, weil, abgesehen davon, daß dies erst seit dem Aufkommen der Codicille möglich war, hier überall kein eigentliches Testament vorhanden ist, wohl aber ist eine solche Modification die Aufrechterhaltung gewisser Verfügungen eines Testamentes ungeachtet der Rescission desselben durch bonorum possessio contra tabulas oder querela inofficiosi testamenti. Hier ist es aber nicht der Wille des Erblassers, wodurch ein solches Resultat herbeigeführt wird, und auf den Willen des Erblassers allein bezieht sich die Regel: nemo pro parte testatus etc. Es heißt nämlich nur: es ist unmöglich, daß bei dem Tode des Erblassers aus einem doppelten Grunde, theils durch Testament, theils durch Gesetz deferirt werde; keineswegs aber wird gesagt, es sei nicht möglich, daß ein Testament nur zum Theil realisirt werde. Vielmehr wird in dieser Beziehung gesagt: nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri[990]). Die praktische Anwendung dieser Sätze ist nicht zu bestreiten. Mit dem römischen Testamentsrechte ist auch der Grundsatz recipirt, daß die testamentarische Verfügung in Bezug auf directe Erbfolge ausschließlich sei, selbst wenn der Testator nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen würde und es können daher auch gemeinrechtlich nur die im römischen Rechte anerkannten Ausnahmen davon zugelassen werden. Nur wegen des besonderen Rechtes der Erbverträge muß man hier noch weiter gehen. Ein Erbvertrag, wenn dadurch über den Nachlaß vollständig verfügt wird, hebt zwar ein vorausgegangenes Testament ebenfalls auf; auch ist die Aufnahme des Inhaltes eines Testamentes in den Erbvertrag auf ähnliche Weise zulässig, wie die Aufnahme des Inhaltes eines früheren Testamentes in das spätere, so daß der Vertragserbe als directer Erbe dasselbe erfüllen muß. Allein eine andere Frage ist es, ob eine Verfügung theilweise durch Testament und theilweise durch Erbvertrag so getroffen werden könne, daß Testaments- und Vertragserbe als directe Universalerben neben einander erben? Es steht diesem die Regel: nemo pro parte testatus etc. nicht entgegen; diese Regel setzt nur die gesetzliche und testamentarische Erbfolge einander entgegen; Erbverträge aber sind, wie die Testamente, Verfügungen des Testators über den Nachlaß, daher sie in den älteren Partikularrechten mit den Testamenten unter dem Namen Geschäfte zusammengestellt und zusammen der gesetzlichen Erbfolge entgegengesetzt werden[991]). In beiden Fällen wird die Erbfolge nach dem Willen des Erblassers deferirt, und man legt der gedachten Regel eine Bedeutung bei, welche sie bei den Römern nicht hatte, wenn man sie hier zur Anwendung bringen will. Testament und Erbvertrag haben das mit einander gemein, daß durch eine Verfügung des Erblassers die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen

---

990) L. 15. §. 2. D. 5. 2.

991) Z. B. Nürnberger Reformation von 1522 Bl. 103. Wormser Reformation von 1498 Bd. IV, Th. 3, Tit. 4, 11, 14. Th. 4, Tit. 1.

wird, und es ist daher kein Hinderniß, den Vertragserben und den Testamentserben in Bezug auf die Succession selbst als Miterben zu betrachten[992]). — Durch ein späteres rechtsbeständiges Testament wird das frühere ipso iure aufgehoben und diese Wirkung wird auch nicht dadurch entkräftet, daß das letzte Testament wieder wegfällt oder sonst ohne Wirkung bleibt. Es wird also das frühere Testament rumpirt, wenn auch das spätere wirksam widerrufen oder vernichtet wird oder der darin eingesetzte Erbe die Erbfähigkeit verliert oder sonst aus dem Testamente nichts erhalten kann oder die Erbschaft ausschlägt[993]), oder wenn die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung nicht eintritt, falls nicht die Bedingung eine uneigentliche ist, welche den Erfolg überall nicht aufschiebt, also eine conditio in praeteritum oder in praesens collata, z. B. Titius soll mein Erbe sein, wenn er bereits bei Errichtung dieses Testamentes ein öffentliches Amt erlangt hat. Ist eine solche Bedingung eingetreten, so gilt die Erbeinsetzung als eine unbedingte, folglich wird das frühere Testament sofort rumpirt; ist sie nicht eingetreten, so ist die Erbeinsetzung von Anfang an wirkungslos, mithin als gar nicht vorhanden zu betrachten, weshalb das zweite Testament auch überall keine Wirkung haben kann[994]). Eine Hauptstelle über die Kraft eines gehörig errichteten Testamentes, ein früheres von selbst zu zerstören, findet sich in den Institutionen[995]). Soll das folgende Testament diese Wirkung haben, so muß es nach dieser Stelle iure perfectum (oder wie Gajus sagt, iure factum) sein, d. h. es muß Jemand möglicherweise daraus Erbe werden können. Perfectum ist das Testament, wenn, abgesehen von späteren Ereignissen, welche seine Wirksamkeit hindern, der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus demselben hätte erhalten können. Imperfectum oder non iure factum ist mithin das Testament, wenn gleich anfangs oder bei dessen Entstehung solche Mängel vorhanden sind, welche seiner Giltigkeit in den Weg treten. Die hierher gehörigen Mängel sind gleich bei dem Anfange der Lehre von der Ungiltigkeit der Testamente übersichtlich zusammengestellt worden. Insbesondre muß a) das Testament in Ansehung der äußeren Solennitäten perfect sein. Von dem Grundsatze, daß nur ein unter den gehörigen Solennitäten errichtetes Testament die Kraft, ein früheres aufzuheben, habe, läßt Ulpian[996]) zwei Ausnahmen oder Einschränkungen zu: wenn iure militari testirt oder wenn das Testament zum Besten der Intestaterben errichtet ist. Anlangend die zweite dieser Ausnahmen, so wird dabei vorausgesetzt, daß in dem früheren vollständigen Testamente die nächsten

---

992) Mühlenbruch Forts. Bd. 38, S. 82—84, 347 flg.

993) §. 2. Inst. II. 17. Vgl. Gai. Inst. Comm. II. §. 144.

994) L. 16. D. 28. 3. Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 353—357.

995) §. 2. Inst. II. 17. entlehnt aus Gai. Inst. Comm. II. §. 144., jedoch mit einigen Weglassungen.

996) L. 2. D. 28. 3.

Intestaterben nicht berücksichtigt, in dem zweiten aber eingesetzt sind. Eine Verordnung von Theodosius II. kommt hier in Betracht. Darauf gründet sich das sog. testamentum posterius imperfectum in favorem heredum ab intestato conditum[997]). Die Theodosische Verordnung ist ursprünglich Theil einer Novelle[998]), welcher in den Justinianeischen Codex übergegangen ist[999]). Wenn wir diese Constitution aus sich selbst zu erklären versuchen, so kann über folgende drei Punkte kein Streit entstehen. In der Constitution ist nämlich nur von einer schriftlichen secunda voluntas die Rede, der Erblasser muß die Absicht gehabt haben, diese Urkunde zu seinem Testamente zu erheben und sie muß endlich eine imperfecta scriptura geblieben sein. In §. 5 der Theodosischen Novelle wird gesagt: non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. Dieser Begriff eines imperfectum testamentum als eines non subscriptum a testibus atque signatum muß offenbar auch hier zu Grunde gelegt werden. Wenn daher der Kaiser, damit diese imperfecta scriptura in Kraft trete, außerdem quinque testium iuratorum depositiones fordert, so sind diese fünf Zeugen mit einer solchen imperfecta scriptura in Verbindung zu bringen. Um dies thun zu können, muß der Hergang auf folgende Weise gedacht werden. Der Erblasser will ein zweites Testament errichten; er zeigt den zu diesem Zwecke rogirten Zeugen die Urkunde mit der Erklärung vor, daß dies sein Testament sei; die Zeugen aber unterschreiben und untersiegeln nicht, entweder weil die Testamentshandlung durch den Tod des Testators oder aus sonst einem Grunde unterbrochen wird. In einem solchen Falle soll nun das früher errichtete Testament seine Kraft verlieren und die secunda voluntas in Kraft treten, sofern fünf Zeugen eidlich über den Hergang aussagen. Die hauptsächlichste Streitfrage dabei ist nun die, ob diese secunda voluntas als Testament oder als Intestatcodicill zur Geltung gelange[1000]).

---

997) Von Mühlenbruch Forts. Bd. 38, S. 364—402. Bd. 42, S. 2—17 ist die Ansicht vertheidigt worden, daß das sog. testamentum posterius imperfectum ein wahres privilegirtes Testament sei. Dagegen haben sich spätere Juristen erklärt, namentlich Vangerow, Leitfaden Th. 2, S. 205 flg. Pfotenhauer, einige Bemerkungen über das vorzugsweise sog. testamentum posterius imperfectum, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVI, S. 1—27. Eine ganz neue Ansicht hat Witte im Rechtslexikon Bd. II, Art. Codicill S. 671, N. 8 aufgestellt, welcher im wesentlichen Sintenis, Civilrecht Bd. 3, §. 179, S. 483, N. 38 folgt. Die von den Meisten befolgte Ansicht betrachtet dieses sog. testam. post. imperf. als Intestatcodicill. Dieser Ansicht ist auch Fein in der Forts. von Glück Bd. 45, S. 237—252, dessen Ausführung wir folgen.

998) Novell. Theodosii II. Tit. XVI. de testamentis const. 1. §. 7. (ed. Haenel p. 63 sq.)

999) L. 21. §. 5. C. VI. 23. Die Synopsis maior p. 323., aus welcher Basil. XXXV. 2. cap. 16. th. 4. (ed. Heimb. Tit. III. p. 546.) restituirt ist, enthält das τὸ κατὰ πόδας des Thaleläus.

1000) Die Literatur darüber siehe bei Mühlenbruch Bd. 38, S. 378,

Eigentlich sollte aber nicht daran gezweifelt werden, daß der Kaiser nicht den Eintritt der testamentarischen, sondern der Intestaterbfolge beabsichtigt hat und daß mithin dieser zweite letzte Wille nur als Intestatcodicill zu behandeln ist. Die Worte: eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura, infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus lassen gar keine andere Deutung zu, als daß dieser zweite Wille nicht in der Eigenschaft als Testament (non quasi testamentum), sondern in der Eigenschaft als voluntas ultima intestati gelten soll. Es wird deshalb in dem weiteren Verlaufe der Constitution die Urkunde niemals ein Testament, sondern immer nur die secunda voluntas, die imperfecta scriptura genannt. Daß dieselbe die Kraft, das frühere Testament aufzuheben, besitzt und ohne Beifügung der Codicillarclausel und ohne die gewöhnliche Codicillarform doch als Codicill aufrecht erhalten wird, sind unleugbare Abweichungen vom gemeinen Rechte sowohl in formeller als in materieller Hinsicht. Allein es sind dies Producte der kaiserlichen Willkür, ebenso wie die übrigen privilegirten Testamente und Codicille. Wenn man die Ansichten der Gegner prüft, so ist erstlich die von Mühlenbruch sehr ausführlich vertheidigte mit ihren Gründen zu erörtern. Die von ihm vorgetragenen Gründe beschränken sich auf folgende Punkte: 1) nach dem früheren Rechte sei das testamentum posterius imperfectum zu Gunsten der Intestaterben nach L. 2. D. 28. 3. entschieden ein wahres Testament gewesen[1001]); es sei demnach die Theodosische Verordnung nach bekannten Regeln so auszulegen, wie sie am wenigsten vom bisherigen Rechte abweiche. Wenn man demnach den Worten: eo enim casu — videantur extranei den Sinn unterlege, es solle das Testament, wenn es nur vor fünf Zeugen errichtet sei, als Testament gelten, gerade wie ja auch ein Intestatcodicill vor fünf Zeugen errichtet werden könne, so bestehe die einzige Aenderung darin, daß Theodosius die Codicillarform[1002]) an die Stelle der

---

N. 19 u. Bd. 42, S. 12, N. 26. Noch einige spätere Schriftsteller führt an Fein Bd. 45, S. 241, N. 89.

1001) Diese Stelle betrifft den Fall der Collision eines älteren Mancipationstestamentes mit einem jüngeren sog. prätorischen Testamente; die bonorum possessio secundum tabulas, welche aus dem letzteren ertheilt wurde, war nämlich nur dann cum re, wenn die nächsten Intestaterben darin eingesetzt waren. Siehe Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 366—371. Leist, Bonorum possessio Th. 2, Abth. 1, S. 283. Abth. 2, S. 101.

1002) Da zu einem schriftlichen Codicille die Unterschrift der Zeugen gehört, so hat consequenter Weise Mühlenbruch Bd. 42, S. 5—7 auch behauptet, daß dieses testamentum imperfectum von den Zeugen unterschrieben sein müsse. Er begründet dies auf folgende Weise. In §. 5 der gedachten Theodosischen Novelle werde das testamentum imperfectum zwar als ein non subscriptum a testibus atque signatum definirt; dasselbe solle aber inter solos liberos gelten; es könne daher in §. 7 derselben Novelle unmöglich noch eine zweite Ausnahme zu Gunsten aller Intestaterben gemacht sein; es sei deshalb in §. 7 unter dem testamentum imperfectum offenbar ein von wenigstens fünf Zeugen unterschrie-

Form des prätorischen Testamentes gesetzt habe. Diese ganze Ausführung Mühlenbruch's[1003]) scheitert daran, daß es grammatisch unmöglich ist, den Worten: secundam eius voluntatem non quasi testamentum valere den Sinn unterzulegen: die secunda voluntas gilt als Testament. Man übersetze das Wort quasi mit „in der Eigenschaft als" oder mit „gleichsam wie", immer ist das Resultat, daß dieser zweite letzte Wille in seiner Wirksamkeit nicht einem Testamente, sondern einem Intestatcodicille gleichstehe. Hiernach kann auch die Theodosische Verordnung nicht aus L. 2. D. 28. 3. erklärt werden. Im Gegentheil muß diese Stelle, um im Geiste des Justinianeischen Rechtes praktische Bedeutung zu erlangen, der Theodosischen Verordnung angepaßt werden, in der Art, daß, da Ulpian ausdrücklich nur sagt, daß durch das zweite testamentum non perfectum das erstere rumpirt werde, darüber aber, in welcher Eigenschaft dieses zweite Testament in das Leben trete, keine ausdrückliche Erklärung vorliegt, man im Sinne und Geiste der Justinianeischen Gesetzgebung in dieser letzteren Beziehung die Stelle aus der Theodosischen Verordnung ergänzt. Ebensowenig kann die Art, wie Mühlenbruch[1004]) den Schlußsatz der Theodosischen Verordnung: In qua voluntate etc. auffaßt, gebilligt werden. Er findet darin die Nothwendigkeit der Zuziehung von fünf Solennitätszeugen ausgedrückt, welche auf Verlangen über diesen Act eidlich aussagen könnten[1005]). Da aber der Rechtsbestand des zweiten letzten Willens von der eidlichen Aussage der fünf Zeugen abhängig gemacht wird, so ist dieselbe etwas Nothwendiges. Da dies nun aber auf die schriftlichen Intestatcodicille nicht paßt, so hat der Kaiser auch nicht den allgemeinen Rechtsgrundsatz,

---

benes Testament zu verstehen. Allein die Sache erklärt sich so. Nach §. 8 der Novelle gilt der einfach formlose Wille inter liberos; die Kraft ein früheres Testament aufzuheben, hat er aber nach §. 7 nur dann, wenn die Testamentshandlung auf die obige Weise begonnen, aber nicht vollendet ist; letztere Bestimmung gereicht auch den sonstigen Intestaterben zum Vortheil. Fein a. a. O. S. 243, N. 93.

1003) Sie findet sich a. a. O. Bd. 38, S. 375—377. Bd. 42, S. 4 flg.

1004) Siehe Mühhlenbruch a. a. O. Bd. 38, S. 395—399. Bd. 42, S. 4 flg.

1005) Pfotenhauer, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVI, S. 26 verlangt, daß den Zeugen wenigstens der Hauptinhalt des letzten Willens bekannt gemacht werde. Er beruft sich dafür auf die Analogie des testamentum ruri conditum, für welches L. 31. C. VI. 23. ganz aus demselben Grunde, d. h. wegen fehlender Unterschrift der Zeugen verordnet: ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Allein diese Bestimmung kann hier nicht herangezogen werden. In unserer Theodosischen Verordnung ist nirgends von der Nothwendigkeit der Bekanntmachung der Zeugen mit dem Inhalte des letzten Willens die Rede und es ist diese umsoweniger anzunehmen, als hier ein schriftliches Testament beabsichtigt sein muß, bei welchem eine Bekanntmachung der Zeugen mit dem Inhalte regelmäßig nicht stattfindet. Es lassen sich daher die iuratae depositiones testium nur als Aussagen über die Echtheit der Urkunde auffassen. Fein a. a. O. S. 245, N. 97.

daß bei allen Intestatcodicillen fünf Zeugen hinreichten, aussprechen wollen, vielmehr mit den Worten: In qua voluntate etc. nur eine Eigenthümlichkeit für diese secunda voluntas, von welcher ja auch gleich nachher wieder in den Schlußworten: quo non facto etc. die Rede ist, bestimmt; eine Eigenthümlichkeit, welche sich daraus erklärt, daß es sich um eine von den Zeugen nicht unterschriebene Scriptur handelt. Deshalb mußte sich der Kaiser mehr an die Grundsätze über die Beweisführung bei mündlichen Codicillen halten, bei welchen infolge der früher festgesetzten Identität der Testaments- und Codicillarform und der Aenderungen der Testamentsform durch Theodosius II. damals sieben Zeugen zugezogen werden und wenn es zum Beweise kam, eidlich aussagen mußten. Bei dieser secunda voluntas soll dagegen schon die eidliche Aussage von fünf Zeugen genügen. 2) Mühlenbruch sagt ferner, die secunda voluntas könne nicht als Codicill behandelt werden, erstens, weil der Erblasser nicht beabsichtigt habe, ein Codicill zu errichten; zweitens, weil durch ein Codicill ein Testament nicht aufgehoben werden könne [1006]). Da aber der Gesetzgeber Abweichungen vom ius commune festsetzen kann, so konnte er auch eine kraft gesetzlicher Vorschrift eintretende Umwandlung eines nichtigen Testamentes einführen. Ueberdies ist hier nicht einmal eine wahre Ausnahme von dem Grundsatze: codicillis hereditas adimi non potest, vorhanden. Denn hätte der Erblasser nur ein Codicill zu errichten beabsichtigt, so würde das frühere Testament auch bei hergestelltem Beweise der Echtheit der Urkunde auf die vorgeschriebene Weise dennoch nicht aufgehoben werden. Vielmehr ist es die Absicht, ein neues Testament zu errichten, welche, obwohl das Testament nicht perfect geworden ist, unter den erwähnten Umständen die Ruption bewirkt. Auch ist die Aufhebung eines Testamentes auf andere Weise als durch ein neues giltiges Testament nichts so Besonderes und Abweichendes. Ebensowohl wie Honorius dem bloßen Ablaufe von 10 Jahren seit der Testamentserrichtung die Wirkung der Aufhebung des Testamentes beilegte und Justinian daraus die Aufhebung durch bloßen Widerruf schuf, konnte auch von Theodosius einem testamentum imperfectum die vis rumpendi beigelegt werden, was in dem vorliegenden Falle der Billigkeit umsomehr entsprach, als es zum Vortheile der gesetzlichen Erben gereicht. 3) Die Auctorität von Harmenopulus [1007]), auf welche sich endlich Mühlenbruch beruft [1008]), ist an sich schon da, wo es sich um wissenschaftliche Auslegung und Auffassung des Justinianeischen Rechtes handelt, nicht hoch anzuschlagen; allein derselbe spricht auch vielmehr für die hier angenommene

1006) Mühlenbruch Bd. 38, S. 379 flg. Insbesondre legt er darauf Gewicht, daß die Intestaterben zu Erben eingesetzt werden müßten. Ebenda S. 384 flg.

1007) Harmenopul. Πρόχειρον νόμων Lib. V. Tit. 11. §. 27. (in Thes. Meermann. T. VIII. p. 321. und in der Ausgabe von Heimbach iun. p. 702.)

1008) Mühlenbruch Bd. 38, S. 384, N. 33.

Ansicht, da Harmenopulus ausdrücklich sagt: ein testamentum imperfectum wird nicht gebilligt; die Intestaterben succediren aber auch aus einem solchen, nicht wegen des Testamentes, sondern wegen ihrer natürlichen Verwandtschaft[1009]). Witte[1010]) legt der secunda voluntas blos die Kraft bei, das frühere Testament aufzuheben, will sie aber übrigens weder als Testament, noch als Intestatcodicill angesehen wissen, so daß also blos eine besondere Art, ein Testament zu widerrufen, vorläge. Allein damit ist dem Kaiser gerade das Gegentheil von dem untergelegt, was derselbe gesagt hat. Der Kaiser sagt nämlich nicht blos: das frühere Testament solle durch die secunda voluntas beseitigt werden, sondern: die secunda voluntas soll, nach Beseitigung des früheren Testamentes (infirmato priore testamento), als voluntas ultima intestati gelten (valere), während Witte gerade umgekehrt behauptet, daß sie, abgesehen von der Ruption, nicht gelte. Er spricht dem zweiten letzten Willen den Charakter als Codicill besonders deswegen ab, weil Erbeinsetzungen in einem Codicill nicht zulässig seien und ein Testament ohne Codicillarclausel nicht als Codicill erhalten werde. Es liegt aber hier ein Ausnahmefall vor, wo die Conversion durch gesetzliche Vorschrift erfolgt, letztere also die Codicillarclausel ersetzt. Sintenis[1011]) schließt sich der Ansicht von Witte darin an, daß hier nur eine besondere Art, ein Testament zu widerrufen, vorliege, indem das frühere Testament aufgehoben werde, sobald fünf der zugezogenen sieben Zeugen eidlich über den Hergang aussagten. Er geht aber darin noch weiter als jener, daß er der Urkunde wenigstens dann, wenn sie bereits die Formen eines Codicilles an sich trage, ihrem ganzen Inhalte nach die Wirkung eines Intestatcodicilles beilegt, so daß er also offenbar eine Conversion ohne Codicillarclausel annimmt. Allein es wird hier nicht eine doppelte imperfecta scriptura unterschieden, je nachdem sie die Form des Codicilles hat oder nicht, sondern es ist nur von einer einzigen imperfecta scriptura die Rede, deren Echtheit durch die eidliche Aussage von fünf Zeugen festgestellt wird, und es wird dieser die Wirkung zugeschrieben, daß sie infirmato priore testamento non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam defuncti valere. Der Kaiser spricht hier also überall nicht von einer Urkunde, welche nur rumpirt, im übrigen aber als letztwillige Verfügung nicht gilt; vielmehr soll die secunda voluntas, unter der Voraussetzung der eidlichen Aussage der fünf Zeugen, in ihrem vollen Umfange, wie jede andere in gehöriger Form vollzogene voluntas ultima intestati, entgegengesetzten Falles aber gar nicht wirken. Praktische Bedeutung erhält das Erstere nicht nur in Ansehung der in der secunda voluntas dritten Personen hinterlassenen Vermächtnisse, sondern

1009) Dem Tadel, welchen Fein a. a. O. S. 248 über die Reitzische Uebersetzung hier ausspricht, kann man nicht beipflichten.
1010) Im Rechtslexikon Art. Codicill Bd. II, S. 671, N. 8.
1011) Civilrecht §. 179, N. 38, Bd. 3, S. 483 flg.

selbst hinsichtlich der Erbeinsetzung der Intestaterben, insofern der Testator andere Quoten bestimmt hat, als sie die Intestaterbfolge mit sich bringt, oder einer der Intestaterben die Erbschaft ausschlägt und den ihm in der secunda voluntas ausgesetzten Erbtheil als Universalfideicommiß beansprucht. Dadurch erledigt sich auch das von Sintenis darin gefundene Bedenken, daß bei der Auffassung der secunda voluntas als Intestatcodicill deren Inhalt nur eine Auflage an die Intestaterben sein, diese Auflage aber nicht dahin gehen könne, daß die Intestaterben die Erbschaft an sich selbst herausgeben sollen. Endlich hat Pfotenhauer[1012]) auch Eintritt der Intestaterbfolge angenommen, will aber die secunda voluntas doch kein Intestatcodicill nennen. Er hält sie vielmehr für eine eigenthümliche letzte Willenserklärung, welche mit einem Testamente die meiste Aehnlichkeit habe. Denn sie habe nach der Absicht des Disponenten ein Testament sein sollen; der Gesetzgeber habe ihr die Kraft eines Testamentes beigelegt insofern, als sie das frühere Testament aufhebe; sie führe endlich eine Universalsuccession herbei, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß in dem zweiten letzten Willen nicht der Grund, sondern nur die entferntere Veranlassung zu dieser Universalsuccession liege, indem die darin berufenen Erben nicht vermöge ihrer Einsetzung, sondern kraft ihres durch das frühere Testament vernichteten, durch die zweite Disposition aber wiederhergestellten gesetzlichen Erbrechtes succedirten. Diese Aehnlichkeiten nützen aber nichts, wenn es auf die Wirkungen ankommt, mit welchen die Urkunde in das Leben tritt. Allerdings haben Codicille nicht die Kraft, ein Testament zu rumpiren; in allen übrigen Beziehungen aber wirkt die Urkunde für die nunmehr eintretende Intestaterbfolge wie ein formgerechtes und vom Erblasser als solches beabsichtigtes Intestatcodicill. — Die Frage, ob die Zeugen hier als zu Testamentszeugen qualificirt zu denken seien und mithin nur durch solche der hier erforderliche Beweis geführt werden könne, ist nach der bisherigen Ausführung zu bejahen, indem offenbar von den zu einem Testamentsacte zugezogenen Zeugen in der Constitution die Rede ist, welche das Testament aber noch nicht unterschrieben und untersiegelt haben[1013]). b) Wenn das frühere Testament durch das spätere rumpirt werden soll, so muß das letztere, außer in Bezug auf die äußeren Solennitäten, auch noch in Beziehung auf die Willenserklärung perfect sein[1014]). Manches hierüber zu Bemerkende gehört dem praktischen Resultate nach unter die Regel, daß an den äußeren Solennitäten nichts fehlen darf. Nach dem zur Zeit der juristischen Classiker geltenden Rechte ist aber hier davon zu handeln, indem eine Verfügung auch ohne alle Solennität doch als Fideicommiß bestehen

---

1012) In der Zeitschr. f. Civilr. Bd. XVI, S. 12 flg.

1013) Siehe darüber Mühlenbruch Bd. 38, S. 380. Pfotenhauer a. a. O. S. 15—18.

1014) Vgl. Mühlenbruch Bd. 38, S. 402—445.

konnte, wenn nur der Wille des Testators, daß sie auf diese Art gelten solle, nicht zu bezweifeln war. Dies ist freilich seit Einführung einer bestimmten Codicillarform wesentlich geändert. Es kommen hier aber vorzüglich Stellen aus der früheren Zeit in Betracht und die meisten der Anwendungen derselben gehören auch nach dem praktischen Gesichtspunkte unter die Regel sub b. Es ist daher dieselbe in dem Umfange zu erörtern, welchen sie zur Zeit des praktischen Pandektenrechtes haben konnte. Es sind folgende Fälle möglich: 1) der Testator ist bei bloßen Vorbereitungen zu einem Testamente stehen geblieben. Man hat hierbei gewöhnlich folgenden Fall vor Augen: es findet sich ein schriftlicher Aufsatz, welcher den Inhalt der Verfügung vollständig enthält, dem aber noch die gesetzliche Solennisirung fehlt. Ein solcher Aufsatz kann selbstverständlich nicht als Testament gelten; auch kommt darauf nichts an, ob es ein bloßer vorläufiger Entwurf oder eine bereits zur förmlichen Vollziehung vorbereitete Urkunde ist, ob der Aufsatz vom Testator selbst geschrieben oder nach seinem Willen von einem Anderen abgefaßt ist. Ja wenn auch schon mit der Vollziehung der Anfang gemacht ist, aber noch etwas zur gesetzlichen Förmlichkeit Gehöriges fehlt, ist der ganze Act nichtig, z. B. die Vorlesung, wo diese erforderlich ist[1015]), oder die Unterschrift eines Zeugen oder des Testators selbst, wobei es gleichgiltig ist, ob die Unterlassung in einem Versehen ihren Grund hat oder ob Zufall die vollständige Vollziehung verhinderte. Dasselbe muß in dem Falle gelten, wenn zwar an den rechtlichen Erfordernissen nichts fehlt, der Testator aber noch eine Solennität beabsichtigte, welche unterblieben ist. Auf beide Punkte können zwei Digestenstellen, die eine von Paulus[1016]), die andere von Ulpian[1017]), bezogen werden. Die darin enthaltene Aeußerung ist nicht auf einen bestimmten Fall zu beschränken, obgleich sie eigentlich nur von dem Falle spricht, wenn der Testator die mit der Codicillarclausel versehene Urkunde erst später zu solennisiren, also erst künftig ein Testament zu errichten gedenkt, sondern sie ist ganz allgemein dahin zu verstehen: so oft irgend etwas an dem Testamente fehlt, was nach gesetzlicher Vorschrift sowie nach dem Willen des Testators noch hinzukommen sollte, kann von dem Inhalte der testamentarischen Urkunde nichts gelten. Der Mangel gesetzlicher Solennitäten allein kommt hier nicht in Betracht, sondern auch, und zwar sehr vorzugsweise, der Mangel dessen, was dem bestimmten Willen des Testators noch hinzutreten sollte. Dadurch erhalten erst die Worte des Paulus: nec ea, quae fideicommissorum verba habent, valent, ihre rechte Bedeutung; das hier Gemeinte ist so auszudrücken: auch dasjenige, was nach gesetzlichen Gründen gelten könnte, gilt nicht, so lange kein äußerlich vollständiges Testament vorliegt. Gesetzt also, das Testa=

1015) L. 8. C. VI. 22. Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 5, 9.
1016) L. 29. pr. D. 28. 1.
1017) L. 11. §. 2. D. 32.

ment könnte als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, so würde doch die Codicillarclausel in dem hier vorausgesetzten Falle unwirksam sein; denn diese bildet ja doch auch nur einen Theil des Testamentsentwurfes; so lange es nur ein solcher ist, kann daher nichts von dem Inhalte desselben gelten. Mit jenen beiden Digestenstellen scheint die Hauptconstitution über die Codicillarclausel von Theodosius[1018]) im Widerspruche zu stehen. Dieser Widerspruch verschwindet aber, wenn man die Fälle sondert, auf welche sich die fraglichen Stellen beziehen. Der Fall, welchen die beiden Digestenstellen eigentlich vor Augen haben, ist bereits angedeutet worden. Die unbestimmt lautenden Worte der Codexstelle: qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, sind daher, um einen Widerspruch zu vermeiden, auf solche Fälle zu beziehen, wo der Erblasser den Entschluß zur Testamentserrichtung bereits gehörig ausgeführt zu haben meint, während das Testament wegen irgend eines sonstigen Hindernisses ein testamentum imperfectum geblieben ist[1019]). Die Anwendungen der Regel, daß, so oft etwas an dem Testamente fehlt, was nach gesetzlicher Vorschrift sowie nach dem Willen des Testators noch hinzutreten sollte, von dem Inhalte der testamentarischen Urkunde nichts gelten kann, lassen sich auf folgende Klassen zurückführen: aa) Es liegt nur ein bloßer Testamentsentwurf vor; dann gilt die Verfügung in keinem Stücke, selbst dann nicht, wenn etwa Codicillarverfügungen ohne alle Form gelten können und dem Entwurfe die Codicillarclausel beigefügt ist. bb) Es ist ein Testamentsact vorgenommen, das Testament kann aber als solennes nicht bestehen, sondern nur als Codicill; hier kommt zunächst alles auf die Absicht des Testators an; wollte er ein feierliches Testament machen, so gelten nunmehr auch die Codicillarverfügungen nicht[1020]), wenn er nicht die Codicillarclausel beifügte[1021]). cc) Es ist Alles erfüllt, was das Gesetz vorschreibt, der Testator beabsichtigt aber noch die Beobachtung irgend einer Formalität. Ehe diese erfolgt ist, kann das Testament für vollständig nicht gelten, indem es ja nach dem Willen des Testators dies nicht sein soll. Bis dahin kann also das bereits Geschehene ebensowenig gelten wie ein bloßer Testamentsentwurf, in der Regel also auch die beigefügte Codicillarclausel nicht berücksichtigt werden, denn das noch Fehlende bezieht sich auf das ganze Testament, wovon die Codicillarclausel doch auch nur einen Theil ausmacht[1022]). Indessen eine bestimmte Erklärung des Testators, daß die Verfügung in jedem Falle so gut wie möglich gelten solle, bewirkt, daß nunmehr alles zu Recht besteht, was nach den gesetzlichen Erforder-

---

1018) L. 8. §. 1. C. VI. 36.

1019) Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45, S. 200.

1020) L. 1. D. 29. 7.

1021) Denn die Clausel versteht sich regelmäßig nicht von selbst. L. 41. §. 3. D. 28. 6. L. 8. §. 1. C. VI. 36.

1022) Ueber die hierher gehörigen Fälle siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 409—411.

nissen bestehen kann, und so wirksam, als es hiernach sein kann. In solchen Fällen muß dann die Codicillarclausel natürlich die Wirkung haben, daß eine Verfügung nicht blos als Codicill, sondern als directe Disposition aufrecht erhalten wird, wenn sie nach gesetzlichen Erfordernissen als solche gelten kann, indem der Testator dadurch erklärt hat, daß, wenn er gleich eine förmliche Vollziehung wünsche, der Mangel derselben doch kein Hinderniß sein solle, daß nicht auch ohne sie die Verfügung vollkommen zu Recht bestehe. 2) Der zweite mögliche Fall ist, daß der Mangel des Testamentes nicht darin besteht, daß an der gesetzlichen oder etwa besonders noch beabsichtigten Form etwas fehlt, sondern daß der Wille unvollständig erklärt ist. Betrifft dies nicht den hauptsächlichen Inhalt des Testamentes, die Erbeinsetzung, sondern nur Nebenpunkte, wie Vermächtnisse, so tritt die Regel ein: utile per inutile non vitiatur; es gelten also nur diese Nebenpunkte nicht, die Erbeinsetzung dagegen ist rechtsbeständig. Umgekehrt verhält es sich, wenn die Erklärung hinsichtlich der Erbeinsetzung mangelhaft ist und nur durch Beifügung der Codicillarclausel die Vermächtnisse erhalten werden können. Dabei sind folgende Fälle zu bemerken: aa) Es fehlt an aller Erbeinsetzung, z. B. wenn der Testator das Testament durch einen Dritten schreiben läßt, die Namen der Erben aber selbst ausfüllen will, dies aber durch ein Versehen unterblieb. bb) Der Testator beabsichtigt mehrere Erben zu ernennen, nennt aber nur Einen oder den Anderen wörtlich; dann soll auch dieser nicht Erbe werden[1023]). So lange die Willenserklärung des Testators in Absicht auf das Subject des Erbrechtes nicht vollständig ist, ist sie im Rechtssinne noch gar nicht vorhanden; es tritt mithin Intestaterbfolge ein. cc) Bemerkenswerth ist noch der Fall, wenn der Testator der Erbeinsetzung eine Bedingung beifügen wollte, dies aber zu thun unterlassen hat. Hierüber scheinen sich zwei Stellen, eine in den Digesten von Ulpian[1024]) und eine Constitution Justinian's[1025]), einander zu widersprechen. Man hat verschiedene Vereinigungsversuche gemacht[1026]). Man hat auch wohl in der Constitution eine Entscheidung einer unter den römischen Juristen streitigen Rechtsfrage und in der Verordnung eine der 50 Decisionen zu finden geglaubt, eine Meinung, welche viel für sich hat. Indessen ist die Annahme einer Antinomie zwischen Digesten und Codex immer bedenklich, besonders dann, wenn man davon ausgeht, daß die Codexstelle eine ältere Streitfrage entscheide; denn diese Entscheidungen wurden

---

1023) Hierauf bezieht sich L. 25. D. 28. 1., wo der Ausdruck heredes primi und secundi gradus nicht auf verschiedene Grade der Erbeinsetzung (Institution und Substitution) bezogen werden darf. S. über diese Stelle Mühlenbruch Bd. 38, S. 415 flg.

1024) L. 9. §. 5. D. 28. 5.

1025) L. 8. C. VI. 25.

1026) Vgl. darüber Mühlenbruch Bd. 38, S. 425—445. Von S. 435 an trägt er seine eigene Ansicht vor.

ja gerade dadurch veranlaßt, daß die Compilatoren nicht im Zweifel darüber wären, welche Ansicht sie in die Digesten aufzunehmen hätten. Eine ausführliche Erörterung darüber ist hier unthunlich. Wir beschränken uns darauf, Mühlenbruch's Vereinigungsversuch kürzlich zu referiren. Aus allgemeinem Gesichtspunkte betrachtet läßt die Frage, welche Wirkung es habe, wenn beabsichtigte Bedingungen nicht hinzugefügt werden, eine zwiefache Ansicht zu; die erste, daß man sagte, Bedingungen seien Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäftes, ein Mangel derselben also könne auf die hauptsächliche Bestimmung keinen Einfluß äußern; die zweite, die Bedingung einer Erbeinsetzung hänge auf das Genaueste mit dieser selbst zusammen und bilde einen wesentlichen Theil derselben; nur unter einer Bedingung wolle der Erblasser seinen Nachlaß dem Erben zuwenden; ohne sie existire mithin noch gar keine Erbeinsetzung, wenn die Beifügung einer Bedingung wirklich beabsichtigt wurde. Nur die letztere Ansicht ist die echt römische, welche dahin ging, daß die Bedingung und die davon abhängig gemachte Verfügung als ein unzertrennliches Ganze zu betrachten sei[1027]). Auch die fragliche Digestenstelle (L. 9. §. 5. D. 28. 5.) enthält dafür ein sprechendes Zeugniß, und sicher ist es als eine noch anwendbare Rechtsregel anzusehen, daß eine Erbeinsetzung ungiltig ist, wenn der Testator eine Bedingung damit verknüpfen wollte, diese aber fehlt. Auch wurde diese Regel zu keiner Zeit, selbst von Justinian nicht, bezweifelt. Wenn aber dies für ausgemacht anzunehmen sei, darüber gab es verschiedene Ansichten. Mag nun auch die Codexstelle (L. 8. C. VI. 25.) zu den 50 Decisionen gehören oder nicht, so ist so viel gewiß, daß Justinian hierin eine Frage entschied, worüber keineswegs eine bestimmte Meinung feststand und daß er sich zu der billigeren Partei hielt. Der wesentliche Inhalt seiner Verordnung läßt sich so wiedergeben: auch die Erklärung, der Erbeinsetzung Bedingungen beizufügen, schadet dem Rechtsbestande der Erbeinsetzung nicht, wenn diese dennoch unbedingt erfolgt ist, sich auch sonst nirgends im Testamente Bedingungen ausgedrückt finden, welche darauf bezogen werden können; es soll also in einem solchen Falle angenommen werden, der Testator habe seinen Willen hinsichtlich der hinzuzufügenden Bedingungen wieder geändert. Daß damit die Digestenstelle nicht im Widerspruche stehe, deshalb müssen wir auf die weitere Ausführung Mühlenbruch's verweisen. c) Soll das spätere Testament ein früheres aufheben, so darf in dem späteren auch kein suus heres präterirt sein[1028]). Das Testament, worin ein Postumus rumpirt war, hob ein früher errichtetes auf, wurde aber freilich durch die Agnation des Postumus selbst rumpirt[1029]). So rumpirten auch Testamente, welche nur durch querela inofficiosi testamenti oder durch

---

1027) L. 17. D. 28. 7. L. 26. fin. D. eod.
1028) L. 7. D. 28. 2.
1029) L. 12. pr. D. 28. 3.

bonorum possessio contra tabulas rescindirt werden konnten, indem sie ohne diese Rescission vollkommen wirksame Testamente waren. Die Frage, ob nach dem Rechte der Novelle 115 einem wegen Präterition eines suus heres nichtigen Testamente die Wirkung der Ruption beiwohne, ist verschieden zu beantworten, je nachdem man sich der einen oder anderen Ansicht über das Verhältniß dieser Novelle zu dem älteren Rechte anschließt. — Die Regel, daß durch ein giltiges Testament ein früheres vollständig rumpirt werde, leidet theils Ausnahmen, theils Modificationen[1030]. Eine absolute Ausnahme leidet sie bei den Soldatentestamenten. Die Wirkung des Soldatentestamentes wird lediglich durch den ausgesprochenen oder präsumtiven Willen des Testators bestimmt, da der Soldat bei seinem Testiren nicht an die familiae mancipatio gebunden war. Sowie daher der Soldat nur zu einem Theile seines Nachlasses sich einen Erben ernennen, im übrigen aber die Intestaterbfolge eintreten lassen darf[1031], ebenso kann er aus mehreren Testamenten direct beerbt werden[1032] oder auch eine frühere fideicommissarische Verfügung in eine directe verwandeln[1033], und die Regel: posteriore testamento prius rumpitur, leidet hier schlechterdings keine Anwendung[1034]. Die außerdem stattfindenden Modificationen der Regel lassen sich auf vier Klassen zurückführen: entweder 1) wird der Inhalt des früheren Testamentes als Fideicommiß aufrecht erhalten oder 2) es behält umgekehrt das frühere Testament seine vollkommene Giltigkeit, die spätere Verfügung aber besteht nur zum Theil und zwar als fideicommissarische oder 3) es wird ein früheres Testament durch Vermittelung des Prätors wiederhergestellt oder 4) es bestehen nach prätorischem Rechte mehrere Testamente neben einander wie eines. Zu 1). Der Inhalt des früheren Testamentes wird als Fideicommiß erhalten, vornehmlich in dem Falle, wenn es der Testator so bestimmt[1035]. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenngleich der Testator den Erben im zweiten Testamente nur auf bestimmte Objecte eingesetzt hat, was so interpretirt wird, daß der Ernannte alleiniger Erbe, jedoch auf die bestimmten Sachen oder Summen eingeschränkt, sein solle; er muß daher alles übrige infolge der Erklärung des Erblassers, daß auch die frühere Verfügung gelten solle, den im ersten Testamente Eingesetzten restituiren[1036]. Die Behauptung, mancher neueren Juristen[1037], daß heutzutage beide Testamente neben einander mit vollständiger Wirkung

1030) Vgl. darüber Mühlenbruch Bd. 38, S. 470—487.
1031) L. 6. 37. D. 29. 1.
1032) L. 19. pr. L. 36. pr. D. 29. 1.
1033) L. 19. pr. D. 29. 1.
1034) L. 19. pr. D. cit.
1035) L. 12. §. 1. D. 28. 3.
1036) L. 29. D. 36. 1. §. 3. Inst. II. 17.
1037) J. B. Höpfner, Comm. zu den Institutionen §. 454, N. 3. §. 518, N. 4.

bestehen, d. h. daß die in beiden Eingesetzten als directe Erben concurriren, wenn nicht aus der Erklärung des Testators oder sonst aus den Umständen hervorgeht, daß das frühere Testament nur als Fideicommiß gelten solle, ist nicht haltbar, da mit dem römischen Testamentsrechte auch die Grundprincipien dieses Rechtes in Teutschland recipirt sind. Es läßt sich also die Erklärung des Testators, daß auch sein früheres Testament gelten solle, immer nur mit der Einschränkung verstehen: soweit dies juristisch möglich ist; nach juristischen Grundsätzen aber kann das frühere Testament dadurch immer nur die Bedeutung einer fideicommissarischen Verfügung erhalten. Zu 2). Es ist auch möglich, daß das erste Testament als directe Verfügung erhalten wird, einzelne Verfügungen des zweiten, obgleich vollkommen förmlich errichteten, aber nur als Codicillarverfügungen gelten. Der einzige Fall dieser Art ist der, wenn der Testator allein durch eine falsche Nachricht vom Tode des früheren Testamentserben zur Abänderung seiner Verfügung bewogen wurde[1038]). Genau genommen ist es aber nichts Besonderes, daß hier eine directe Erbfolge aus dem früheren Testamente eintritt, da die zweite auf einem wesentlichen Irrthume beruht, mithin eigentlich ungiltig ist; das Abweichende dieser Entscheidung besteht lediglich in der Belastung des früheren Testamentserben mit Vermächtnissen aus dem früheren ungiltigen Testamente. Zu 3). Zerstört der Testator ein später errichtetes Testament wieder in der Absicht, daß ein früheres, noch unverletzt vorhandenes, Testament wieder in Kraft trete, so wird das frühere vom Prätor mittelst der bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhalten[1039]). Da, wenn nach römischem Rechte eine wirksame bonorum possessio aus einem Testamente gegeben wird, jetzt geradezu von einem rechtsgiltigen Testamente gesprochen werden darf, so läßt sich dieser Satz praktisch so ausdrücken: das durch ein späteres Testament vernichtete, aber materiell noch vorhandene Testament wird wieder vollkommen giltig, wenn der Erblasser das spätere in der Absicht cassirt, daß das frühere gelten soll. Zu 4). Aus zwei gleichzeitig solennisirten, aber ihrem wesentlichen Inhalte nach verschiedenen Testamenten wird eine wirksame bonorum possessio ertheilt, wie wenn es Ein Testament wäre. Bei den Römern war die Abfassung mehrerer Originalexemplare desselben Testamentes nicht ungewöhnlich, um der Gefahr des Verlustes möglichst vorzubeugen[1040]), d. h. es wurden völlig gleichlautende Testamentsurkunden in demselben Testamentsacte solennisirt[1041]). Diese bildeten immer nur Ein Testament[1042]); es konnte aber jedes Exemplar bei Nachsuchung einer bonorum possessio u. s. w. als Original benutzt

1038) L. 92. D. 28. 5. von Paulus.
1039) L. 11. §. 2. D. 37. 11.
1040) S. L. 24. D. 28. 1. L. 47. D. 31. §. 13. Inst. II. 10.
1041) L. 4. D. 28. 4.
1042) L. 3. §. 1. D. 43. 5. Hiernach geht das interdictum de tabulis exhibendis auf alle Exemplare: quia unum testamentum est.

werden[1043]), wodurch sie von bloßen Abschriften eines Testamentes verschieden waren[1044]). Ulpian nun sagt: wenn der Testator in zwei gleichzeitig solennisirten Testamenten (in duobus codicibus simul signatis) verschiedene Erben eingesetzt habe und beide Testamente vorhanden seien, so stehe aus beiden gleichwie wenn es Ein Testament wäre, die bonorum possessio zu, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus[1045]). Es ist hier nicht von mehreren Exemplaren desselben Testamentes die Rede[1046]), wie schon daraus hervorgeht, daß beide Testamente in dem von Ulpian entschiedenen Falle, gerade in Ansehung des wesentlichen Inhaltes, der Erbeinsetzung, verschiedene Bestimmungen enthielten. Zwei an sich ganz verschiedene Testamente können nun zwar nach strengem Rechte nicht neben einander bestehen. Da nun hier nicht ausgemittelt werden kann, welches das erste und welches das letzte sei, so hätte eigentlich keines gelten dürfen[1047]). Wegen des favor testamentorum wurde aber dafür entschieden, in diesem Falle beide Testamente als Eines bestehen zu lassen. Bestritten ist, wie es in dem Falle zu halten sei, wenn sich zwei Testamente ohne Datum vorfinden oder es ist nur das eine mit einem Datum versehen und auch sonst nicht zu erweisen, welches das erste und welches das letzte sei. Gelten in diesem Falle beide oder gilt keines? Die Stimmen der Juristen sind darüber sehr getheilt[1048]). Für die Ungiltigkeit beider wird hauptsächlich der Grund geltend gemacht, daß Ulpian's Entscheidung eine Abweichung von dem regelmäßigen Rechte, eine Singularität enthalte, singuläre Rechte aber strict zu interpretiren seien. Allein Ulpian setzt in dem von ihm entschiedenen Falle den Entscheidungsgrund darin: et supremum utrumque accipiemus; dieser Grund, weil beide für die letzte Willensäußerung angesehen werden, paßt auch auf den zweiten Fall. Ferner wird dem Willen des Testators doch gewiß dadurch mehr entsprochen, wenn beide Testamente, als wenn keines von beiden, als giltig angesehen werden. Endlich wird auch bei gleichzeitig solennisirten Testamenten eine auf den Moment gleichzeitige Vollendung selten vorkommen, mithin sich ebenso selten sicher behaupten lassen, daß sie gleichzeitig solennisirt seien, als, welches von beiden das ältere sei, und der letztere Grund wirkt mithin als entscheidender dort wie hier nothwendig

---

1043) L. 1. §. 5. D. 37. 11.

1044) L. 1. §. 7. D. 37. 11.

1045) L. 1. §. 6. D. 37. 11.

1046) Wie Huschke, im Rhein. Museum Bd. VI, Nr. VIII, S. 300 und daselbst N. 68 meint.

1047) Nach der Regel: ubi pugnantia inter se testamento iuberentur, neutrum ratum est. L. 188. pr. D. 50. 17.

1048) S. die Literatur bei Mühlenbruch Bd. 38, S. 486, N. 60. Er selbst sowie Leist, Bonorum possessio Bd. 2, Abth. 2, S. 306, N. 11. Sintenis, Civilrecht §. 179, N. 42, Bd. 3, S. 487 erklären sich für die Giltigkeit; dagegen Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 209. Schon die Glosse ad L. 1. §. 6. D. 37. 11. ist der letzteren Ansicht.

mit. Aus diesen Gründen verdient die Meinung, daß beide giltig seien, den Vorzug.

III. **Aufhebung eines Testamentes durch physische Zerstörung desselben oder seines Inhaltes**[1048a]). Man vernichtet ein Testament 1) durch äußere Zerstörung desselben; dieser gleich steht ein absichtliches Zerschneiden oder Zerreißen der Blätter sowie ein Durchschneiden der Bänder oder Schnüre, womit es verschlossen ist[1049]), und ein Zerstören der Siegel[1050]); b) durch ein Auslöschen des Inhaltes, worauf sich die Titelrubrik von Dig. 28. 4. zunächst bezieht[1051]). Ist nun das Testament absichtlich durch den Testator oder mit seinem Willen entweder äußerlich oder nach seinem Inhalte zerstört, so fällt es weg; ist der Inhalt blos theilweise vertilgt, so wird nur das Getilgte ungiltig[1052]). Im ersten Falle würde nur nach der gewöhnlichen Regel die Intestaterbfolge stattfinden, und dies wird auch im ganzen anerkannt[1053]). Die Vernichtung des wesentlichen Inhaltes, hier der Erbeinsetzungen, gilt in der Regel nach den in der Note angezogenen Stellen einer Vernichtung des Gesammtinhaltes gleich; daher fallen in der Regel mit dem Wegfalle der Erbeinsetzung auch die Vermächtnisse weg[1054]). Häufig gilt aber die Vernichtung auch als Indignitätserklärung und dann tritt an die Stelle der Intestaterben der Fiscus ein und die Vermächtnisse werden nach einem unter Kaiser **Marcus Aurelius** aufgekommenen Billigkeitsgrundsatze bei

---

1048a) Tit. Dig. De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur (28. 4.). **Mühlenbruch** Forts. von **Glück's** Erl. der Pand. Bd. 39, S. 78—115.

1049) Ueber das SC. Neronianum, worauf sich eine eigenthümliche Art der Zubindung und Versiegelung der Testamente (tabulae testamenti) gründete, ist bereits früher die Rede gewesen. Später wurde es auch gebräuchlich, das Testament in einen Umschlag von Leinwand zu hüllen und die Siegel darauf zu drücken. L. 22. §. 7. D. 28. 1. Auf die nach Vorschrift jenes Senatsschlusses mittelst einer dreifachen Schnur verschlossenen Testamente geht die Aeußerung **Ulpian's** in L. 1. fin. D. 37. 11.

1050) L. 1. §. 10. D. 37. 11. L. 1. §. 8. D. 38. 6.

1051) Die Ausdrücke delere und inducere in der Titelrubrik gehen auf ein Auslöschen oder Vertilgen der Schrift. Bei den mit Wachs überzogenen Tafeln wurde das Niedergeschriebene entweder mittelst der Spitze des Griffels wieder ausgelöscht, was delere hieß, oder mit dem umgekehrten oder breiten Ende desselben überstrichen, was man inducere nannte. Letzteres geschah gewöhnlich bei der Correctur des Niedergeschriebenen, weil alsdann das überstrichene Wachs von neuem beschrieben werden konnte; und wahrscheinlich hängt damit der Ausdruck inscribere oder das dafür im Texte selbst vorkommende superscribere zusammen, wenigstens ursprünglich, nämlich für die Correctur oder die Veränderung, welche auf derselben Stelle, wo das Getilgte sich fand, niedergeschrieben wurde.

1052) L. 2. D. 28. 4. L. 30. C. VI. 23. L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. 37. 11.

1053) L. 1. §. 8. D. 38. 6. L. 4. fin. D. 28. 4.

1054) L. 8. §. 16. D. 5. 2. L. 17. D. 28. 3.

Kräften erhalten[1055]). Der wesentliche Inhalt der in der Note angeführten Stelle ist folgender: der durch inductio nominum stillschweigend an den Tag gelegte Widerruf soll nur auf die wirklich durchstrichenen Stellen bezogen werden, selbst dann, wenn die Namen sämmtlicher Erben durchstrichen sind, also nach der strengen Consequenz der Gesammtinhalt des Testamentes in Wegfall kommen müßte. Ja in Bezug auf Vermächtnisse der Freiheit soll ein blos stillschweigender Widerruf gar nicht beachtet werden; es kommt also hier die in favorem libertatis aufgekommene Regel zur Anwendung: quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit[1056]). Es fragt sich: wenn galt die Zerstörung des Testamentes als Indignitätserklärung und wenn trat Intestaterbfolge ein? Seit Aufkommen des Indignitätsrechtes scheint letzteres die Regel gebildet zu haben; es hatte also der Fiscus das Dasein einer deutlichen, wenn auch nicht gerade buchstäblich ausgedrückten Indignitätserklärung zu erweisen, um die Intestaterben auszuschließen. Deshalb nahmen dies auch noch die späteren juristischen Classiker als Regel an[1057]), obgleich schon Entscheidungen oder Rescripte des Kaisers Marcus Aurelius es anerkannt hatten, daß die Zerstörung der testamentarischen Verfügungen durch inductio nominum von selbst als Indignitätserklärung gelten sollte[1058]). Für die übrigen Fälle bewendete es indessen bei jener Regel; nur im Falle der inductio nominum also hatten die Intestaterben zu beweisen, daß bei Vertilgung der Namen die Absicht zum Grunde gelegen habe, die Intestaterbfolge eintreten zu lassen. In allen Fällen aber wird zur Begründung des fiscalischen Rechtes vorausgesetzt, daß die Vertilgung nach Vollendung des Testamentes erfolgt sei; war sie vor der Vollziehung desselben geschehen, so war das Niedergeschriebene rechtlich bedeutungslos, es galt pro non scripto[1059]), und der Fiscus konnte dieses nicht beanspruchen, sondern es blieb bei dem Onerirten oder fiel an den Miterben, Substituten oder Intestaterben[1060]). Wenn der Testator eines mehrerer gleichlautender Exemplare des Testamentes zerstört, so behält dasselbe dennoch seine Kraft, selbst dann, wenn das zerstörte Exemplar in einem öffentlichen Archive oder von dem bei der Testamentshandlung zugezogenen Notar aufbewahrt wurde und der Testator es von dort zurücknahm, um es zu vernichten, das unverletzt gebliebene Exemplar aber sich lediglich im Gewahrsam des Erblassers oder in Verwahrung eines Dritten befand[1061]). Selbstverständlich gilt

1055) L. 3. D. 28. 4. von Marcellus. Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 85—95.

1056) L. 20. 179. D. 50. 17.

1057) L. 1. §. 8. D. 38. 6. L. 4. fin. D. 28. 4.

1058) L. 12. L. 16. §. 2. D. 34. 9.

1059) Arg. L. 1. §. 2. D. 28. 4.: — sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 97, N. 57, 58.

1060) L. 1. L. 3. §. 1. D. 34. 8.

1061) L. 4. D. 28. 4.

dasselbe auch dann, wenn der Testator das in seinem Gewahrsam befindliche Exemplar vernichtet, das öffentlich oder bei einem Notar aufbewahrte Testament aber in dieser Verwahrung läßt. Doch kommt alles auf die Absicht des Testators an. Geht diese auf Vernichtung des ganzen Testamentes, so gilt auch das übrig gebliebene Exemplar nicht; nur ist diese Absicht von denen zu erweisen, welche darauf einen Anspruch für sich gründen, also vom Fiscus oder von den Intestaterben. Ist aber das vernichtete Exemplar das Original, das zurückbehaltene eine bloße Abschrift, so kann von einem sochen Beweise nicht die Rede sein[1062]), und die Abschrift nur allenfalls zur Erkennung des Inhaltes des Testamentes dienen, wenn die Zerstörung unabsichtlich geschehen ist, was der eingesetzte Erbe erweisen muß. Es fragt sich, wie es sei, wenn mündlich testirt und über den Inhalt eine Beweisurkunde aufgenommen, ein sogenanntes testamentum nuncupativum in scripturam redactum vorhanden ist, diese Urkunde aber vom Testator absichtlich vernichtet wird? Für die fortdauernde Giltigkeit des Testamentes läßt sich anführen, daß die Kraft und Wirkung eines mündlichen Testamentes an sich von der darüber aufgenommenen und nur zum Beweise dienenden Urkunde gar nicht abhänge; dadurch werde das mündliche Testament nicht in ein schriftliches verwandelt, sondern bleibe ein mündliches. Dennoch nehmen Manche das Gegentheil an[1063]) und stützen dies darauf, daß bei der sog. Realrevocation es allein auf den Willen des Erblassers ankomme; dieser sei hier ebenso deutlich an den Tag gelegt, wie in den Fällen, wo das Testament selbst auf einer schriftlichen Urkunde beruhe. Wenn man auch letzteres ohne Bedenken zugeben kann, so folgt doch daraus noch nichts für die Gleichheit mündlicher und schriftlicher Testamente in Ansehung des Widerrufes. Nur die erste Meinung ist die richtige[1064]). Denn wenn es auch richtig ist, daß bei absichtlicher Zerstörung des Testamentes demjenigen, welcher dennoch ein Recht aus demselben geltend machen will, die Einrede entgegensteht, daß er den Willen des Erblassers gegen sich habe, so ist doch daraus nicht zu folgern, daß in Bezug auf die Frage, ob ein Testament für widerrufen zu achten sei, lediglich der Wille des Erblassers, nicht aber die Art des Widerrufes in Betracht zu ziehen sei. Vielmehr besteht für den einfachen Widerruf die Regel, daß er vor drei Zeugen oder gerichtlich erklärt sein und 10 Jahre seit der Testamentserrichtung verflossen sein müssen. Hiernach kann im Rechtssinne ein mündliches Testament nicht für aufgehoben gelten, wenn auch der Testator durch Vernichtung der darüber aufgenommenen Urkunde seine Absicht, daß es nicht mehr gelten solle, dargelegt hat. Es kann dies nicht mehr Wirkung haben, als eine ausdrückliche Erklärung dieser Absicht; eine solche

1062) L. 1. §. 7. D. 37. 11.

1063) S. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 100, N. 67.

1064) Vgl. die weitere Ausführung darüber bei Mühlenbruch a. a. O. S. 100—104. Siehe auch Sintenis, Civilrecht §. 179 und N. 33, Bd. 3, S. 481.

ausdrückliche Erklärung ist aber zu einem einfachen Widerrufe erforderlich. — Die bloße physische Zerstörung des Testamentes allein genügt nicht, um einem giltig errichteten Testamente seine Kraft und Wirkung zu entziehen, sondern es muß dieselbe mit Absicht und Willensfreiheit vom Testator oder in seinem Auftrage erfolgt sein. Aus einem nicht mit dem Willen des Testators zerstörten Testamente wird eine wirksame bonorum possessio secundum tabulas ertheilt[1065]), d. h. praktisch ausgedrückt, das Testament wird aufrecht erhalten. Es muß aber das Dasein und der Inhalt des Testamentes natürlich erweislich sein. Dieser Beweis liegt ebenso wie der, daß man den Willen des Erblassers dennoch für sich habe, denjenigen ob, welche aus dem Testamente einen Anspruch für sich ableiten. Es kommen aber hierbei natürlich die concreten Umstände wesentlich in Betracht. Durch diese kann die aus der Zerstörung entstehende, sehr natürliche Vermuthung der Absicht des Testators, seine Verfügungen wieder aufheben zu wollen, aufgehoben oder doch so geschwächt werden, daß der Beweis denjenigen zunächst aufzuerlegen ist, welche darauf ein Recht gründen. Namentlich würde dies, wenn alles nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen wäre, anzunehmen sein, wenn zwar die Siegel des Testamentes gelöst sind, sich aber sonst alles im unverletzten Zustande befindet oder wenn das Testament zwar zerstört, aber in den Händen eines Dritten gefunden wird. In der That wird auch häufig behauptet, daß in einem Falle dieser Art keine Vermuthung für die Absicht des Testators streite, das Testament oder einzelne Verfügungen desselben aufheben zu wollen[1066]). Allein dies ist mit einer Entscheidung Justinian's[1067]) unverträglich, deren wesentlicher Inhalt folgender ist: habe der Testator selbst das Band durchschnitten oder die Siegel erbrochen, so gelte das Testament nicht; sei die Zerstörung durch einen Dritten oder durch Zufall erfolgt, so habe es rechtliche Wirkung. Hierdurch wird offenbar die Vermuthung wider die Giltigkeit des Testamentes im ersten Falle sowie für dieselbe im zweiten Falle sanctionirt. Wenn aber die durchstrichenen oder sonst zerstörten Anordnungen des Testamentes auf den Grund der Testamentsurkunde selbst als geltend und wirksam betrachtet werden sollen, so müssen sie lesbar sein oder lesbar gemacht werden können[1068]). Im Eingange der in der Note angeführten Stelle werden wahrscheinlich die Worte des Sabinus vorgetragen: das Lesbare, wenn es auch ausgelöscht sei, gelte, wenn es der Erblasser nicht absichtlich tilge; ebensowenig könne das gelten, was von einem Dritten, aber nicht im Auftrage des Erblassers, nieder-

---

1065) L. 1. §. 3. 10. 11. D. 37. 11.

1066) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 106, N. 82.

1067) L. 30. C. VI. 23. Sie ist wahrscheinlich eine der 50 Decisionen, da der Kaiser selbst im Eingange erklärt, daß er die controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas entscheiden wolle. Doch wird auch dies von Manchen bezweifelt. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 107, N. 83.

1068) L. 1. pr. D. 28. 4. von Ulpian, aus dessen lib. XV. ad Sabinum.

geschrieben oder vertilgt sei. Um diesen ersten Satz zu erläutern, fügt Ulpian hinzu: Legi autem sic accipiendum: non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta, d. h. Legi heiße nicht, wenn das Vertilgte sich auf irgend eine andere Art erkennen lasse, z. B. durch Conjecturen aus dem Zusammenhange, sondern es müsse die Schrift unmittelbar aus dem Testamente selbst erkannt und gelesen werden können. Ein anderweiter Beweis des Inhaltes ist aber, wenn auch die Wiederherstellung des Sinnes durch Conjecturen für unstatthaft erklärt wird, nicht ausgeschlossen. Dies geht daraus hervor, daß Ulpian in derselben Stelle weiter unten sagt[1069]), auch das völlig Unlesbare gelte, wenn es nicht vor der Vollziehung des Testamentes getilgt sei, selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß der Inhalt oder Sinn des Weggestrichenen sich erweisen läßt. Ferner geht dies daraus hervor, daß Ulpian an einem anderen Orte sagt, es finde auch aus einem überall nicht mehr vorhandenen Testamente eine bonorum possessio secundum tabulas statt[1070]). Auf welche Art jener Beweis geführt wird, ist gleichgiltig. Stellt man die einzelnen Fälle zusammen, so sind dies folgende: 1) Ist das Testament oder dessen Inhalt ohne den Willen oder die Absicht des Testators zerstört, so bleibt es giltig. Auch die Handlung eines Wahnsinnigen ist absichtslos, wenn daher der Testator in einem späteren Anfalle von Wahnsinn sein im gesunden Zustande errichtetes Testament vernichtet, so ist dieses ohne Bedeutung, wenn nur der Inhalt des Testamentes erweislich ist[1071]). Auch eine durch Zwang oder Hinterlist oder durch ein bloßes Versehen bewirkte Zerstörung ist ohne nachtheiligen Einfluß auf das Recht der Honorirten. Es gilt dies selbst dann, wenn der Testator unter dem Testamente oder in einer besonderen Schrift erklärt haben sollte, daß das, was sich ausgelöscht oder durchstrichen finde, von ihm selbst und mit Absicht geschehen sei[1072]). Natürlich wird aber bei einer solchen vorliegenden Erklärung der Beweis, daß die Zerstörung unabsichtlich geschehen sei, von denjenigen übernommen werden müssen, welche auf solche getilgte Stellen eines Testamentes Ansprüche gründen. 2) Wenn der Testator nur die Einsetzung des einen oder anderen Miterben tilgt, so bleibt nicht nur die der übrigen bei Kräften, sondern dieselben müssen auch die jenen auferlegten Vermächtnisse entrichten[1073]). Ebenso besteht die Einsetzung des Substituten, wenn der Name des Erben, welchem er substituirt war, getilgt ist[1074]). Tritt der Fiscus an die Stelle des alleinigen Erben

1069) L. 1. §. 2. D. eod.

1070) L. 1. §. 3. D. 37. 11. Die Stelle spricht zwar eigentlich von einem bei dem Tode des Testators noch vorhandenen Testamente; allein der Grundsatz ist allgemein, daß, wenn einmal ein giltiges Testament vorhanden war, daraus immer eine bonorum possessio stattfinde, sollte es auch später untergegangen sein.

1071) L. 20. D. 28. 3.

1072) L. 1. §. 1. D. 28. 4.

1073) L. 2. D. 28. 4.

1074) L. 1. §. 4. D. eod.

oder sämmtlicher Miterben, so hat er doch im Zweifel die Vermächtnisse zu leisten[1075]). Kommen Codicille neben einem Testamente vor, und nur das Testament selbst ist vernichtet, so ist, da solche Codicille, bestätigte, wie nicht bestätigte, einen Theil des Testamentes bilden und mit demselben stehen und fallen[1076]), consequenter Weise auch hier dasselbe anzunehmen; die Codicille sind also für aufgehoben zu achten, wenn nicht das Testament mit der Codicillarclausel versehen, diese aber unverletzt geblieben ist. Ist umgekehrt vom Erblasser das Testament unversehrt gelassen, die Codicillarverfügung aber vernichtet, so fällt diese weg, wenn das Codicill auch im Testamente bestätigt sein sollte, ebenso wie wenn die Erbeinsetzung stehen geblieben ist, Anordnungen von Vermächtnissen aber durchstrichen sind[1077]). 3) Ist eines von mehreren Exemplaren desselben Testamentes vernichtet, so wird dadurch die Giltigkeit des unversehrt gebliebenen Exemplares nicht aufgehoben[1078]); weichen beide von einander ab, so wird das Testament nach dem Inhalte des übrig gebliebenen Exemplares ausgeführt. 4) Einer unabsichtlichen Vernichtung wird es gleichgeachtet, wenn das Testament von einem Dritten ohne des Testators Willen oder durch Zufall vernichtet worden ist[1079]).

b) Ruption eines Testamentes durch Agnation eines Postumus. Von diesem Gegenstande ist bereits in einem anderen Artikel gehandelt worden[1080]), daher auf diesen zu verweisen ist. Zu bemerken ist noch, daß die civilrechtliche Ruption des Testamentes durch den Prätor unwirksam gemacht wird, wenn der Postumus vor dem Tode des Testators wieder weggefallen ist, indem der eingesetzte Erbe dann eine wirksame bonorum possessio secundum tabulas erhält[1081]), d. h. praktisch ausgedrückt, das Testament wird aufrecht erhalten und aus demselben die Erbschaft deferirt[1082]). Ebenso bedarf die Frage noch einer kurzen Erörterung, ob auch von einer Ruption des Testamentes durch andere Notherben, als durch postumi sui, die Rede sein könne?[1083]) Der Ausdruck Ruption ist hier unpassend, sofern darunter eine ipso iure eintretende Zerstörung des Testamentes verstanden wird; denn andere Notherben konnten das Testament nur durch querela inofficiosi testamenti oder bonorum possessio contra tabulas rescindiren, und der Ausdruck Ruption wurde überhaupt für derartige Fälle gar

---

1075) L. 3. D. eod.

1076) L. 3. §. 2. L. 16. fin. D. 29. 7.

1077) L. 1. §. 5. D. 28. 4.

1078) L. 4. D. eod.

1079) L. 1. §. 11. D. 37. 11.

1080) Vgl. Arndts in dem Art. Pflichttheils- und Notherbenrecht Bd. VIII, S. 86 flg., 154 flg.

1081) L. 12. pr. D. 28. 3.

1082) Siehe Heimbach iun. in dem Artikel Bonorum possessio Bd. II, S. 326.

1083) Vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 39, S. 6 flg.

nicht gebraucht. Dagegen fanden beide Rechtsmittel auch für diejenigen statt, welche erst nach Errichtung des Testamentes zu dem Testator in dasjenige Verhältniß traten, wodurch jene Rechtsmittel begründet wurden[1084]. Es kann nicht bezweifelt werden, daß auch Adscendenten nach Errichtung des Testamentes zu dem Testator noch in ein solches Verhältniß treten können, welches sie zur Anfechtung des Testamentes berechtigt, z. B. wenn der Testator einen Sohn und eine Mutter hat, ersteren zum Erben einsetzt, welcher aber vor dem Testator stirbt. Daß solchenfalls die Mutter das Testament anfechten dürfe, kann nicht zweifelhaft sein; nur von Ruption des Testamentes kann keine Rede sein. Auch Geschwister können in einem solchen Falle die Querel anstellen, z. B. nach Errichtung des Testamentes, in welchem turpes personae eingesetzt sind, stirbt die Mutter, und es finden sich nur agnatische Geschwister als nächste Intestaterben. Endlich ist auch nach denjenigen teutschen Partikularrechten, welche dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht einräumen und dieses wie ein Notherbenrecht behandeln, die Anfechtung eines Testamentes zu gestatten, welches vor seiner Verheurathung mit dem Testator errichtet worden ist.

3) Testamentum irritum factum[1085]. Der Ausdruck testamentum irritum kommt nicht allein, sondern immer mit einem bestimmenden Zusatze vor, als: irritum fit, in irritum constituitur und dergleichen[1086]. Er wird auch wohl für testamentum destitutum gebraucht[1087] sowie für ruptum testamentum[1088]. Allein vorzugsweise und im eigentlichen technischen Sinne bedeutet testamentum irritum factum ein solches, welches durch irgend eine capitis deminutio des Testators, sei es eine maxima oder media oder minima, unwirksam geworden ist. Ulpian sagt: irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit[1089], und läßt darauf Beispiele der capitis deminutio maxima folgen. Die Worte: quoties ipsi testatori aliquid contigit sind nicht so zu verstehen, als wenn jede den Testator betreffende Unfähigkeit zum Testiren auch die früher giltig errichteten Testamente aufhebe, da z. B. Taubstumme, Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender unfähig sind zu testiren, ihre im gesunden Zustande oder vor der Prodigalitätserklärung errichteten Testamente aber bei Kräften bleiben. Diese Aeußerung Ulpian's ist ebensowenig allgemein zu verstehen, wie eine andere desselben Juristen im entgegengesetzten Sinne[1090], wo er sagt: es könne, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung die testa-

---

1084) L. 6. pr. §. 4. D. 37. 4. L. 3. C. III. 28.
1085) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39, S. 10—38.
1086) L. 1. D. 28. 3. §. 5. Inst. II. 17.
1087) L. 1. D. 28. 3. L. 20. pr. D. 37. 4. L. 30. pr. D. 40. 4. §. 5. Inst. II. 17.
1088) L. 4. D. 28. 4. L. 15. pr. in fin. D. 29. 1.
1089) L. 6. §. 5. D. 28. 3.
1090) L. 1. §. 9. D. 37. 11.

menti factio verloren habe, sei es durch Wahnsinn oder durch Prodigalitätserklärung, die bon. poss. secundum tabulas gebeten werden, weil sein Testament gelte; und dann hinzufügt: et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittunt mortis tempore testamenti factionem; sed ante factum eorum testamentum valet. Allenfalls läßt sich dies darauf beziehen, daß hier die Möglichkeit gemeint sei, aus einem testamentum irritum factum eine bon. poss. sec. tabulas zu erhalten, wenn nämlich die capitis deminutio wieder aufgehoben ist. Doch ist nicht anzunehmen, daß Ulpian diese durch besondere Voraussetzungen bedingte Wiederherstellung eines rescindirten Testamentes mit den Worten: ante factum etc. gemeint hat; unzweifelhaft aber hat er damit nicht sagen wollen, daß es auf die Testamentsfähigkeit nur bei der Testamentserrichtung ankomme, das spätere Wegfallen derselben aber der Giltigkeit des Testamentes nicht schade. Die natürlichen Mängel der Testamentsfähigkeit, wie Wahnsinn und dergl., stehen unbestritten dem Testamente nur dann im Wege, wenn sie bei dessen Errichtung vorhanden sind, wovon der Grund darin liegt, daß solche natürliche Mängel auf die Rechtsfähigkeit keinen Einfluß haben. Hingegen die capitis deminutio zerstört die bisherige juristische Rechtsfähigkeit oder persona des capite minutus; seine künftige Succession kann daher auch durch kein Geschäft bestimmt werden, wobei die Fortdauer seiner früheren Persönlichkeit als nothwendig vorauszusetzen ist. Denn eben die Person des Testators soll durch den Erben repräsentirt werden. Eine andere Frage ist es, ob nicht in allen Fällen, wo die juristische Fähigkeit zu testiren wegfällt, Ungiltigkeit des vorher errichteten Testamentes eintrete. Es wird dies von Manchen behauptet; die Aufrechterhaltung eines von einem Verschwender vor der Prodigalitätserklärung errichteten Testamentes läßt sich aber dagegen nicht geltend machen, weil der Verschwender einem Wahnsinnigen verglichen und daher dessen Unfähigkeit zu testiren auf den Mangel der Willensfähigkeit gegründet wird [1091]. Für jene Behauptung lassen sich allerdings Gründe anführen [1092]. Indessen ist weder die Rechtsregel: quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur [1093], noch der Umstand, daß in den Quellen der Begriff des testamentum irritum factum nirgends ausschließlich auf ein durch capitis deminutio des Testators rescindirtes Testament beschränkt wird [1094], geeignet, jene Behauptung zu begründen. Wollte man jene Rechtsregel hier anwenden, so zeigt es sich gerade, zu welchen Widersprüchen es führt, wenn man solche Aeußerungen in unbedingter Allgemeinheit versteht, indem alsdann auch das Testament eines Testators, welcher zur Zeit der Errich-

1091) L. 40. D. 50. 17.

1092) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 15 flg.

1093) L. 3. §. 2. D. 34. 8.

1094) Vgl. Gai. Inst. Comm. II. §. 145. §. 4. Inst. II. 17. L. 6. §. 5. D. 28. 3.

tung desselben sich im gesunden Zustande befand, später aber wahnsinnig geworden ist, nicht rechtsbeständig sein würde. Ebensowenig ist der zweite Grund entscheidend. Der Begriff eines testamentum irritum factum in der hier fraglichen Bedeutung, also daß es weder mit testamentum ruptum noch destitutum gleichbedeutend ist, muß aus der Gesammtüberlieferung der Quellen des römischen Rechtes bestimmt werden, und diese ergiebt, daß der Begriff auf die Fälle einer vom Testator nach der Testamentserrichtung erlittenen capitis deminutio zu beschränken ist. Dann gedenkt Ulpian nach dem Satze: irritum fit testamentum quoties ipsi testatori aliquid contigit[1095]), nachdem er als Fälle dieser Art das Gerathen des Testators in feindliche Gefangenschaft oder den von einem Volljährigen absichtlich unternommenen Verkauf seiner selbst als Sclaven ad pretium participandum erwähnt hat, weiter[1096]) der Fälle der damnatio des Testators ad bestias oder ad gladium, oder zu einer anderen Lebensstrafe, und sagt, daß in einem solchen Falle sein Testament testamentum irritum werde, erklärt dies aber selbst durch den Zusatz: nam poenae servus efficitur; es wurde also durch eine solche Verurtheilung eine poenae servitus, mithin eine capitis deminutio magna begründet. Wenn auch dieselbe Folge in dem Falle eintritt, wenn der Angeschuldigte aus Furcht vor der Strafe noch vor der eingetretenen capitis deminutio, d. h. vor der rechtskräftigen Verurtheilung sich entleibt[1097]), so ist dies doch lediglich eine Folge der Annahme, daß der Selbstmörder sich selbst für schuldig erkläre, mithin für rechtskräftig verurtheilt zu achten sei[1098]). Ebensowenig kann man sich darauf berufen, daß die Testamente der Manichäer für testamenta irrita erklärt werden[1099]). Denn die Manichäer waren ganz rechtlos[1100]), was in mehreren Stellen ausgesprochen wird[1101]); wer also dieser ketzerischen Secte sich anschloß, verlor neben den übrigen Rechten auch die Civität, und so wurde selbstverständlich sein Testament irritum. Es giebt allerdings Stellen, welche die Meinung, daß durch juristische Unfähigkeitsgründe zu testiren das Testament stets irritum werde, mehr unterstützen können. Die Bedeutung dieser Stellen für unsere Frage ist später zu bestimmen. Es ist zuvörderst davon auszugehen, daß die Unfähigkeit zu testiren an sich kein Grund des irritum testamentum ist. Der Grund, weshalb Wahnsinn und andere natürliche Hindernisse der Testamentsfähigkeit ein früher errichtetes Testament nicht unwirksam machen, liegt darin, daß dadurch nicht die Persönlichkeit oder bürgerliche Rechtsfähig-

---

1095) L. 6. §. 5. D. 28. 3.
1096) L. 6. §. 6. D. eod.
1097) L. 6. §. 7. D. eod. L. 3. pr. D. 48. 21.
1098) L. 3. pr. D. 48. 21.: conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit.
1099) L. 4. §. 5. C. I. 5.
1100) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 18, N. 47.
1101) L. 4. pr. L. 5. C. I. 5.

keit vernichtet wird, wie dies durch capitis deminutio der Fall ist. In der Vernichtung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit durch capitis deminutio ist wohl überhaupt das Princip dieses Rechtes zu suchen. Daß es die Folge eines zur Strafe eingetretenen Verlustes der Testamentsfähigkeit sei, ist nirgends gesagt oder angedeutet. Ueberhaupt geschah nicht blos die capitis deminutio minima, sondern auch manche Art der magna capitis deminutio nicht blos infolge eines Strafgesetzes; vielmehr erscheint dieses Recht im römischen Rechte als consequente Anwendung eines im ius civile gegründeten Begriffes, nicht aber einer rein positiven Vorschrift. Wenn auch bei dem als Strafe eintretenden Verluste der Testirfähigkeit der Gesetzgeber die Absicht haben kann, bereits vorhandenen Testamenten ihre Wirkung zu entziehen, so versteht sich diese Unwirksamkeit schon vorhandener Testamente doch einerseits nicht ebenso von selbst, wie die eines Testamentes, dessen Urheber eine capitis deminutio erleidet, andererseits ist nach den für Strafgesetze geltenden Auslegungsregeln eine solche Folge im Zweifel nicht anzunehmen[1102]). Einer ausdrücklichen Vorschrift hierüber bedarf es freilich gerade nicht, wenn sonst die Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft ist. So ist wohl unbedenklich die Strafbestimmung, wodurch demjenigen, welcher incestuose Ehen eingeht, die Testamentsfähigkeit zum Theil entzogen ist[1103]), auch auf die bereits errichteten Testamente zu beziehen, weil gesagt wird, ein solcher solle nur seinen legitimen Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten etwas hinterlassen können, und diese allein sollten ihn, er möge sie bedacht haben oder nicht, mit Ausschluß der sonst von ihm Eingesetzten, beerben. Dasselbe gilt auch nach dem kanonischen Rechte von Testamenten derjenigen, welche Zinsen genommen haben[1104]). Die Anwendung einer allgemeinen Regel kann man in diesen Strafbestimmungen nicht erkennen und nicht zugeben. Wenn also ein Strafgesetz Jemanden für unfähig zum Testiren erklärt, so darf man dies ebensowenig auf die von ihm bereits früher giltig errichteten Testamente beziehen, als dies in Ansehung des Testamentes eines Verschwenders der Fall ist, welcher doch ebenfalls für intestabilis erklärt ist. Dieses Resultat wird nicht unerheblich dadurch unterstützt, daß Ulpian da, wo er von der Intestabilität der Pasquillanten spricht, daraus ausdrücklich nur folgert, daß sie weder ein Testament errichten, noch Testamentszeugen sein dürfen[1105]), während es doch sehr

---

1102) L. 42. D. 48. 19. L. 155. §. 2. D. 50. 17.

1103) L. 6. C. V. 5.

1104) Cap. 1. §. 1. de usuris in VI. (V. 5.) Der Ausdruck testamenta aliter facta, welche irrita ipso iure sein sollen, geht zwar nicht bestimmt auf die früheren Testamente, sondern es werden darunter überhaupt nur die Testamente der Zinsnehmer verstanden, in welchen nicht die Zurückgabe der Zinsen angeordnet ist; es kann aber nicht bezweifelt werden, daß auch die früher errichteten Testamente ungiltig sein sollen.

1105) L. 18. §. 1. D. 28. 1.

nahe lag, hierbei zu sagen, daß auch die früheren Testamente nicht gelten sollten. — Infolge des testamentum irritum factum kommen nicht blos die Erbeinsetzungen, sondern auch alle übrigen Bestimmungen des Testamentes in Wegfall, da dieses nach dem ius civile als gar nicht vorhanden anzusehen ist; es gelten daher auch nicht diejenigen Verfügungen, welche die Kinder des Testators betreffen, wie die Pupillarsubstitution und Ernennungen von Tutoren. Nur in Einem Falle der capitis deminutio magna blieb das Testament bei Kräften, nämlich wenn ein römischer Bürger in feindliche Gefangenschaft gerieth und hier starb, indem hier vermöge der fictio legis Corneliae angenommen wurde, er sei im Augenblicke der Gefangennehmung, mithin noch als römischer Bürger verstorben; wovon die natürliche Folge war, daß er aus seinem Testamente beerbt wurde[1106]). Dieser Fall ist jetzt völlig unpraktisch. Außerdem aber giebt es mehrere Fälle, in welchen das ungiltig gewordene Testament wieder auflebt, theils nach dem Civilrechte, theils nach dem prätorischen Rechte. Nach dem Civilrechte war dies der Fall vermöge des ius postliminii, was ebenfalls jetzt unpraktisch ist. Nach dem prätorischen Rechte fand eine bonorum possessio secundum tabulas aus einem testamentum irritum factum statt, wenn die capitis deminutio wieder aufgehoben, also der frühere Zustand wieder eingetreten war[1107]). Indessen war hier doch noch folgender Unterschied. Im Falle einer magna capitis deminutio bedurfte es nur einer Wiederherstellung des vorigen Zustandes[1108]); wenn hingegen capitis deminutio minima dadurch eingetreten war, daß der Testator sich arrogiren ließ, so war auch, wenn er vor seinem Tode wieder sui iuris geworden war, irgend eine Willenserklärung desselben darüber nothwendig, daß das Testament gelten solle[1109]). Es ist nun Streit darüber entstanden, ob die bonorum possessio secundum tabulas, welche dem eingesetzten Erben in diesem Falle ertheilt wurde, einem Intestaterben gegenüber cum re oder sine re sei, d. h. ob das Testament selbst dem Intestaterben gegenüber wirksam sei oder nicht. Die herrschende Meinung erklärt sich für das Erstere, weil die hierauf bezüglichen Stellen[1110]) nichts von einer beschränkten Wirkung enthalten[1111]), während Andere behaupten, daß die bonorum possessio sine re gewesen sei[1112]). Indessen darf an einen Gegensatz der Begriffe der bonorum possessio cum re et sine re im Justinianeischen Rechte nicht mehr gedacht werden;

1106) §. 5. Inst. II. 12. L. 12. D. 28. 1.
1107) §. 6. Inst. II. 17. Gai. Inst. Comm. II. §. 147.
1108) L. 6. §. 12. D. 28. 3.
1109) L. 11. §. 2. D. 37. 11.
1110) L. 1. §. 8. L. 11. §. 2. D. 37. 11. L. 12. pr. D. 28. 3.
1111) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 30 flg.
1112) Nach L. 12. pr. D. 28. 3. in Verbindung mit Gai. Inst. Comm. II. §. 148. 149. vgl. mit §. 120. und Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 6. Dieser Meinung ist z. B. Vangerow, Leitfaden §. 197 flg.

letztere war schon in der späteren Kaiserzeit in Wegfall gekommen und ist aus dem Justinianeischen Rechte völlig ausgemerzt. Allerdings findet sich trotz dessen mancher übersehene Ueberrest in der Justinianeischen Compilation. So ließ man in den Digesten Ausdrücke stehen, welche auf die bon. poss. cum re deuten, was freilich nicht zu verwundern ist, da, was man früher bon. poss. cum re nannte, ja eben noch der giltige Theil der bon. poss. war. Aber jene eigenthümliche bon. poss. sine re, die durch das imperium des Prätors hingestellte Repräsentation des heres, welche bis zum Auftreten desselben mit der hereditatis petitio nach allen Seiten hin eine wirksame interimistische Universalsuccession war, gab es nicht mehr, und es können alle Spuren derselben in der Justinianeischen Compilation nur für Versehen erklärt werden[1113]). Die Sache verhält sich vielmehr so. Die bon. poss. secundum tabulas war unwirksam gegen die Civilerben, in unserem Falle also gegen die Civilintestaterben oder mit anderen Worten, sie ist nur dann cum re, wenn kein Civilintestaterbe vorhanden ist oder der Vorhandene verzichtet oder der bon. possessor selbst der nächste Civilintestaterbe ist. Das Sachverhältniß wurde hierbei so aufgefaßt, daß der Prätor das Testament als ein an sich giltiges betrachtete (denn er ertheilt dagegen keine bon. poss. ab intestato), während dem Testamente nur in dem Civilintestaterbrechte ein stärkeres Recht entgegentritt, wodurch das testamentarische, d. i. die bon. poss. secundum tabulas, mittelst einer exceptio ausgeschlossen wird. Nur wenn der Testator später, nachdem er sui iuris geworden war, erklärt hatte, daß das Testament gelten solle, wird dadurch die Kraft der exceptio wieder aufgewogen[1114]). Die Institutionenstelle[1115]), worin alle diese Regeln festgehalten werden, ist nun, ganz gemäß dem Verhältnisse der bon. possessio im Justinianeischen Rechte, als des prätorischen zum Civilrechte, davon zu verstehen, daß unter gewissen Umständen[1116]) ein solches Testament nicht durchaus unwirksam sei; es steht also mit anderen Worten sich hier möglicherweise für verschiedene Personen ein zweifaches Erbrecht (etwa wie Publiciana in rem actio und rei vindicatio) gegenüber. Dagegen kann hier für das Justinianeische und noch weniger für das praktische Recht von bon. poss. cum re und sine re nicht mehr die Rede sein[1117]). Was übrigens die Erklärung des Testators anlangt, daß sein Testament gelten solle, so kann diese in Codicillen oder in einer anderen Schrift geschehen; besondere Förmlichkeiten sind dazu nicht erforderlich[1118]);

1113) Vgl. bes. Leist, Bonorum possessio Bd. 2, Abth. 1, S. 228 flg.

1114) Leist a. a. O. S. 272 flg. Sintenis, Civilrecht §. 179, N. 6, Bd. 3, S. 474 flg.

1115) §. 6. Inst. II. 17.

1116) Nämlich denen der L. 11. §. 2. D. 37. 11.

1117) Leist a. a. O. Bd. 2, Abth. 2, S. 303 flg. Sintenis a. a. O. S. 475.

1118) L. 11. §. 2. D. 37. 11.

es ist auch eine mündliche Erklärung nicht ausgeschlossen. — Was den praktischen Gebrauch dieser Lehre anlangt, so herrscht Einverständniß darüber, daß durch capitis deminutio media ein Testament nicht unwirksam werde, da die Testirfähigkeit seit Kaiser Friedrich II. den Fremden nicht weniger zusteht als den Einheimischen[1119]); daß dagegen die capitis deminutio minima auch heutzutage noch ebenso wirke, wie es im römischen Rechte bestimmt ist. Bestritten aber ist, ob jetzt noch wegen capitis deminutio maxima ein Testament vernichtet werde. Daß Kriegsgefangenschaft diese Wirkung nicht mehr haben könne, ist ganz unzweifelhaft, da uns die Idee der Alten, daß nach dem ius gentium kriegsgefangene Bürger Sclaven werden, sowie die ganze Sclaverei, fremd sind. Der Streit bezieht sich nur auf die zum Tode Verurtheilten und fällt zusammen mit der bei der Lehre von der Testirfähigkeit bereits erörterten Frage, ob und inwiefern zum Tode Verurtheilte jetzt testiren können, daher man auf das dort Bemerkte verweist.

4) Testamentum destitutum[1120]). Destitutum heißt das Testament, wenn der eingesetzte Erbe aus demselben die Erbschaft nicht erwirbt[1121]). Es heißt wohl auch irritum[1122]) oder desertum[1123]). Alle einzelnen Gründe der Destitution können auf zwei Klassen zurückgeführt werden: entweder kann der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erhalten oder er will sie nicht haben. Jedenfalls wird ein sowohl der Form als dem Inhalte nach vollkommen rechtsbeständiges Testament (perfectum oder iure factum testamentum) vorausgesetzt, also ein solches, aus welchem, abgesehen von später eingetretenen Ereignissen oder Hindernissen, der eingesetzte Erbe die Erbschaft hätte erhalten können, ex quo heres existere poterit[1124]). I. Der eingesetzte Erbe kann die Erbschaft nicht erhalten, entweder weil er 1) vor dem Erblasser oder doch vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt, was durch die sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis eingeschränkt wird (siehe den Artikel Transmission), oder weil er 2) die Erbfähigkeit verloren hat, oder 3) die Bedingung der Erbeinsetzung nicht eintritt[1125]). II. Der eingesetzte Erbe will die Erbschaft nicht haben. Er kann dies durch Worte wie durch Handlungen wirksam erklären[1126]); zu letzteren gehört auch die Nichterfüllung einer Potestativbedingung. Eine solche Erklärung setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß die Erbschaft dem Erben bereits deferirt ist[1127]), weshalb auch die vor Eintritt der Bedingung, wenn

---

1119) Auth. Frid. Omnes peregrini Cod. Communia de successionibus (VI. 59.).
1120) Vgl. Mühlenbruch Bd. 39, S. 39—78.
1121) §. 7. Inst. III. 1.
1122) L. 1. fin. D. 28. 3.
1123) §. 8. Inst. III. 1.
1124) L. 1. D. 28. 3.
1125) §. 2. Inst. II. 17.
1126) L. 95. D. 29. 2.
1127) L. 13. pr. D. 29. 2.

auch nach dem Ableben des Erblassers erfolgte Ausschlagung unwirksam ist[1128]). Die Ausschlagung einer bereits erworbenen Erbschaft hilft in der Regel dem Erben nichts; ausnahmsweise kann sie erfolgen infolge erlangter Restitution und bei sui heredes durch den Gebrauch des sog. beneficium abstinendi[1129]). Für destituirt kann ein Testament nicht gelten, wenn von mehreren eingesetzten Erben nur der eine oder andere ausscheidet. Infolge der Destitution des Testamentes tritt reine Intestaterbfolge ein, nicht blos in Ansehung der Universalsuccession; es fallen vielmehr alle Bestimmungen des Testamentes, Vermächtnisse, Ernennungen von Tutoren u. s. w. weg[1130]). Das Recht der Lex Iulia et Papia Poppaea hatte auf die Gründe und Wirkungen des destitutum testamentum nur einen mittelbaren Einfluß[1131]). Dagegen fragt es sich, ob jene Folge der Destitution des Testamentes hinsichtlich der Hinfälligkeit der Vermächtnisse nicht durch das Novellenrecht geändert sei. Es bestimmt nämlich Novelle 1 folgendes: Wenn der eingesetzte Erbe innerhalb eines Jahres von der an ihn ergangenen gerichtlichen Mahnung gerechnet, die Vermächtnisse nicht erfülle, so soll er, falls er Notherbe ist, auf den Pflichttheil beschränkt werden, in den übrigen Fällen aber sein Erbrecht ganz verlieren und was ihm entzogen wird, soll Anderen zufallen, jedoch unter der Verbindlichkeit, wegen Erfüllung der testamentarischen Auflagen gehörige Sicherheit zu leisten. Die Succession wird den an die Stelle der Haupterben Berufenen in folgender Ordnung angeboten: 1) den Substituten, 2) den Miterben, 3) den Universalfideicommissaren, mit einem Vorzuge derjenigen, welche den größten Theil des Nachlasses erhalten sollen, 4) den Singularvermächtnißnehmern, unter welchen im Collisionsfalle die Größe der Vermächtnisse entscheidet, 5) den im Testamente mit der Freiheit bedachten Sclaven, 6) den Intestaterben, mit Ausschluß der enterbten, welche unter keiner Bedingung zugelassen werden sollen, 7) jedem Dritten, versteht sich, wenn ihn der Testator nicht selbst ausgeschlossen hat, 8) zuletzt dem Fiscus[1132]). Diese Vorschriften werden häufig ganz allgemein so verstanden, daß sie nicht blos den Fall begreifen, wenn der Erbe nach angetretener Erbschaft die Erfüllung der Vermächtnisse verweigert, sondern auch den Fall, wenn das Testament durch Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des eingesetzten Erben destituirt wird[1133]). Zepernick,

---

1128) L. 13. pr. D. 29. 2.

1129) Vgl. den Art. Beneficium abstinendi Bd. I, S. 856—871.

1130) L. 9. D. 26. 2. §. 2. fin. Inst. II. 22. L. 73. pr. in fin. D. 35. 2.

1131) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 46—54.

1132) Nov. 1. cap. 1.

1133) Diese Meinung ist ausführlich vertheidigt von Zepernick, diss. I. de testamenti destituti viribus (Hal. 1773) §. XLII. sq. diss. II. eisd. arg. (Hal. 1774) §. I—VII. v. Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 391. Heimbach iun., in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII, S. 369—387. Ebenso ausführlich widerlegen sie Francke, Beiträge S. 148 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 54 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 199—204.

der eine Hauptvertheidiger dieser Meinung, giebt zwar zu, daß das Gesetz vom destituirten Testamente überall nicht rede, stützt aber seine Ansicht zunächst auf die Erklärung des Kaisers, der Zweck des Gesetzes sei hauptsächlich und zunächst darauf gerichtet, daß der Wille des Erblassers in Erfüllung gehe[1134]); zur vollständigen Erreichung dieses Zweckes müsse das Gesetz ebensowohl das testam. destitutum als den Fall umfassen, wenn die Erbschaft schon erworben sei, der Erbe aber die Erfüllung der testamentarischen Auflagen verweigere. Aber auch buchstäblich werde dieser Zweck ausgedrückt[1135]). Demgemäß sprächen verschiedene andere Stellen des Gesetzes von einer nicht angetretenen Erbschaft. Bestätigt werde dies auch durch die im Cap. 2 der Novelle enthaltene Bestimmung, daß der Testator den Abzug der Falcidischen Quart wirksam verbieten dürfe, indem auch daraus hervorgehe, wie sehr dem Kaiser daran gelegen sei, daß letztwillige Verfügungen in der Art, wie sie ausgesprochen seien, auch erfüllt würden. Deshalb sei freilich noch nicht anzunehmen, daß seit der Novelle von einem testam. destitutum überall nicht mehr oder doch nur in seltenen Fällen die Rede sein könne. Destituirt werde ein Testament aus denselben Gründen wie früher; nur die Wirkungen der Destitution habe der Kaiser wenigstens für den Fall, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlage, anders bestimmt. Allein wenn man auch zugeben wollte, daß der angeführte Zweck des Gesetzes die Anwendung der Vorschrift auf den Fall einer ausgeschlagenen Erbschaft rechtfertige, so berechtigt doch nichts dazu, dies durch bloße Folgerungen aus der ratio legis in die gesetzliche Vorschrift hineinzutragen und anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Rechtsänderung stillschweigend habe einführen wollen. Der Fall, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft überhaupt nicht haben will, liegt viel näher wie der Fall, wenn er nach erworbener Erbschaft die Erfüllung der Auflagen verweigert. Wollte daher der Kaiser für beide Fälle eine Entscheidung geben, so würde er zunächst die Wirkungen der ausgeschlagenen Erbschaft bestimmt und sodann erklärt haben, dasselbe solle auch wegen verweigerter Erfüllung der Auflagen gelten. Nun ist aber nur der seltenere Fall näher bestimmt und aus diesem kann man nicht auch den gewöhnlicheren und wichtigeren entscheiden. Ueberhaupt entscheidet für eine stricte Auslegung der Umstand, daß das Gesetz ein blos correctorisches ist. Die Aeußerungen in der Novelle, welche die buchstäbliche Vorschrift enthalten sollen, daß das Gesetz auch den Fall der nicht angetretenen Erbschaft vor Augen habe, reden ganz deutlich von den Personen, welche an die Stelle des Haupterben treten sollen, nicht von diesem selbst; jenen wird die Erbschaft angeboten, wenn der Haupterbe innerhalb eines Jahres nach geschehener gerichtlicher Erinnerung

---

1134) Nov. 1. pr. §. 1. Cap. 1. §. 4.

1135) Nov. 1. cap. 1. §. 3. fin. verb.: *διὰ τοῦτο γὰρ δὴ καὶ ἐπὶ τοσαύτας εἴδομεν διαδοχὰς, ἵνα μὴ μείνοι ἀπροσέλευστος ὁ τοῦ τελευτῶντος κλῆρος.*

die Vermächtnisse nicht leistet; treten die zunächst Gerufenen nicht an, so soll den auf sie Folgenden das Erbrecht eröffnet sein und so immer fort. Auch fehlt es nicht an Gründen, welche direct dafür beweisen, daß der Gesetzgeber in der That nur Ausschließung des Erben von der ihm bereits erworbenen Erbschaft beabsichtigte. Durchgehends ist die Rede von dem Erben, welcher die ihm obliegenden Verpflichtungen zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen vernachlässige. Von einer solchen Verbindlichkeit und deren Vernachlässigung kann aber nicht eher die Rede sein, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat, indem erst durch den Erbschaftsantritt die Verbindlichkeit der im Testamente angeordneten Vermächtnisse und anderen Auflagen begründet wird. Ja im Eingange des Gesetzes äußert sich der Kaiser über die Veranlassung des Gesetzes geradezu dahin, es gebe Menschen, welche schlecht genug dächten, eine Erbschaft anzunehmen und doch den Willen des Erblassers nicht zu erfüllen[1136]). Auch im Cap. 4 der Novelle heißt es wieder: es sei dafür Sorge getragen, daß die Auszahlung der Vermächtnisse nicht zu lange verzögert werde, indem dies innerhalb eines Jahres nach angetretener Erbschaft, welches jedoch von Zeit der gerichtlichen Erinnerung an zu rechnen sei, geschehen solle[1137]). Der Gesetzgeber beabsichtigt mithin keinen indirecten Zwang zur Erbschaftsantretung, sondern möglichst schleunige Erfüllung der Vermächtnisse, damit die Bedachten nicht zu lange darauf warten müssen, und deshalb sollen gewissenlose oder nachlässige Erben ihres Erbrechtes beraubt werden. Dies hängt mit dem früheren Rechte zusammen, nach welchem derjenige, welcher die testamentarischen Auflagen nicht erfüllte, als indignus das ihm Zugewendete an den Fiscus verlor[1138]). Der zweite Hauptvertheidiger der Meinung, daß sich die Novelle auf den Fall, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlage, beziehe, von Löhr, welcher des Zusammenhanges dieser gesetzlichen Vorschrift mit dem Rechte der Indignität eingedenk ist[1139]), findet indessen eine Erklärung einer am Schlusse des Cap. 2 der Novelle enthaltenen Bestimmung nur unter der Voraussetzung möglich, daß jene Vorschrift auch auf ein destituirtes Testament zu beziehen sei. Der

---

1136) Nov. 1. praef. §. 1. verb.: *Ἀεὶ τοίνυν ἡμᾶς ἐνοχλοῦσιν οἱ μὲν ὑπὲρ πρεσβείων καταλελειμμένων, οὐ μὴν δεδομένων, προσιόντες, οἱ δὲ ἐλευθερῶν, οἱ δὲ ἑτέρου τινός, ὅπερ οἱ μὲν παραδόντες τοὺς κλήρους δοθῆναί τισιν ἢ γενέσθαι διετάξαντο, οἱ δὲ ἀγνωμόνως καὶ τῶν πραγμάτων ἐφίενται καὶ ταῦτα λαμβάνουσι, τὸ δὲ κελευσθὲν οὐ πληροῦσι κ. τ. λ.*

1137) Nov. 1. cap. 4. pr.: *Ἀλλὰ κἀκείνου πρόνοιαν ἐθέμεθα, τοῦ μὴ χρόνον γίνεσθαι μακρὸν ἐν ταῖς τοιαύταις ζητήσεσιν. οὐδεμίαν γάρ τῶν τοιαύτων ζητήσεων ἢ δικῶν ὑπερβαίνειν τὸν τοῦ ἐνιαυτοῦ χρόνον θεσπίζομεν, ἀνάγκην ἐπιτιθέντες πάντως εἴσω ἐνιαυτοῦ μετὰ προσέλευσιν καὶ τὰ πρεσβεῖα καταβάλλειν, καὶ τὰ ὑπὸ τοῦ διαθεμένου καταλελειμμένα πληρόων κ. τ. λ.*

1138) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 5. §. 13. L. 32. fin. C. VI. 42.

1139) Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 391.

Kaiser bestimmt hier nämlich, daß der Testator den Abzug der Falcidischen Quart untersagen dürfe und läßt dem Erben die Wahl, ob er dem Testator gehorchen oder die Erbschaft den oben genannten Personen überlassen wolle[1140]). Die Worte *αὐτὸν μὲν ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως*, der Erbe könne von der Erbeinsetzung zurücktreten, sagen aber nichts Anderes, als was schon im ersten Capitel ohne besondere Rücksicht auf die Falcidische Quart bestimmt war: will der Erbe den letzten Willen nicht der Vorschrift gemäß erfüllen, so muß er sein Recht aufgeben und den gedachten Personen Platz machen. Allein da der Novellenepitomator Julian diesen Gedanken so wiedergiebt: sin autem repudiaverit hereditatem, locus fiat substitutis etc.[1141]), so will Löhr denselben als unverwerflichen Zeugen über die Auslegung der Novelle zur Zeit Justinian's betrachtet wissen und führt hiernächst weiter aus, es lasse sich nicht wohl annehmen, daß die angegebenen Worte eine Erweiterung Justinian's für diesen speciellen Fall enthalten. Denn weshalb sollte der Vermächtnißnehmer gerade für den Fall, daß der Testator den Abzug der Quart verboten hat, mehr begünstigt worden sein als da, wo der Testator es bei der gesetzlichen Regel bewenden läßt? Viel wahrscheinlicher sei, daß hier ein allgemeiner Grundsatz nur auf einen speciellen Fall angewendet werde, nämlich der, daß in dem Falle, wenn der eingesetzte Erbe ausschlage, alles so gehalten werde, wie ehemals bei den caduca, nur modificirt durch die Verfügungen des Cap. 1 der Novelle, wobei dann entweder eine verloren gegangene Constitution Justinian's zum Grunde liege, oder, noch wahrscheinlicher, ein durch Gewohnheit anerkannter Rechtssatz. Eins oder das andere müsse man freilich annehmen, da sich auch nicht entfernt eine Spur einer durch diese Vorschrift beabsichtigten eigentlichen Neuerung finde. Auf eine besondere Verordnung ließen sich allenfalls die Worte beziehen: *καθάπερ ἔμπροσθεν εἰπόντες ἔφθημεν*; für die Annahme eines Gewohnheitsrechtes dagegen spreche, daß diese gesetzliche Vorschrift aus keiner der uns bekannten Verordnungen Justinian's zu erklären sei. Dieser Grundsatz lasse sich so ausdrücken: in jedem Falle, wo der Testamentserbe eine ihm angebotene Erbschaft nicht erwerben will, tritt der im Cap. 1 der Novelle bestimmte Weg ein, d. h. die Succession wird in jener Reihenfolge den im Gesetze genannten Personen angeboten. Es sei dies auch nur eine ziemlich natürliche

---

1140) Nov. 1. cap. 2. §. 2. fin.: *Εἰ μέντοι ῥητῶς ἐπισκήψειε μὴ βούλεσθαι τὸν κληρονόμον παρακατεσχεῖν Φαλκίδιον, ἀνάγκη τὴν τοῦ διαθεμένου γνώμην κρατεῖν, καὶ ἢ βουλόμενον αὐτὸν ὑπηρετήσασθαι τῷ διαθεμένῳ — — ἢ εἰ μὴ βούλοιτο, αὐτὸν μὲν ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως, χώραν δὲ γενέσθαι, καθάπερ ἔμπροσθεν εἰπόντες ἔφθημεν, ὑποκαταστάτοις τε, καὶ συγκληρονόμοις, καὶ ληγαταρίοις, καὶ φιδεϊκομμισσαρίοις, καὶ οἰκέταις, καὶ τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου, καὶ τοῖς ἄλλοις, κατὰ τὴν ἔμπροσθεν ὑφ' ἡμῶν ἐξηυρημένην ἐπὶ τοῖς τοιούτοις ὁδόν.*

1141) Iuliani epit. Novell. Const. I. nr. 2.

Ausdehnung und Vereinfachung des bereits durch das SC. Pegasianum eingeführten Satzes, daß der Fiduciarerbe, wenn er die Erbschaft nicht antreten wolle, zur Antretung und Herausgabe derselben gezwungen werden könne. Dieses Recht sei nur auf die sonstigen Honorirten ausgedehnt; auch werde es jetzt durch das Gesetz selbst vermittelt, d. h. ein Zwang zur Antretung finde nicht statt, sondern die nach dem Haupterben berufenen Personen seien ipso iure zum Erwerbe der Erbschaft berechtigt, weshalb denn auch die kleinen Vortheile, welche dem zur Antretung gezwungenen Fiduciarerben nach dem SC. Pegasianum noch zukommen, hier ganz in Wegfall kommen[1142]). Schwerlich läßt sich aber Justinian's Neuerung als eine natürliche Ausdehnung des SC. Pegasianum betrachten, mag man sie nun buchstäblich verstehen oder auf ein destituirtes Testament beziehen. Der Universalfideicommissar soll nach dem Willen des Erblassers die Erbschaft ganz oder zu einer Quote haben; es liegt daher gewiß sehr nahe, daß das Gesetz dem Willen des Testators etwas zu Hilfe kommt. Eine Berufung der Singularvermächtnißnehmer, sogar selbst der Intestaterbe an die Stelle des Testamentserben durch das Gesetz kann aber nicht als im Willen des Erblassers liegend angesehen und nicht angenommen werden, daß nur eine zur Verwirklichung der Absicht des Testators noch fehlende Form durch das Gesetz herbeigeführt oder ergänzt werde. Für die Annahme, daß Justinian's Neuerung eine natürliche Ausdehnung des SC. Pegasianum auf das testam. destitutum sei, findet sich nirgends ein Anknüpfungspunkt im früheren Rechte, und dies erkennt Löhr in der That dadurch an, daß er das Dasein eines unbekannten Gesetzes oder eines Gewohnheitsrechtes voraussetzt. Für diese Annahme mangelt es aber an allem Beweise. Ebenso mangelt es am Beweise dafür, daß die am Schlusse des Cap. 2 der Novelle enthaltene Bestimmung sich auf die Ausschlagung einer noch nicht erworbenen Erbschaft beziehe. Der Zusammenhang der Stelle führt eher auf das Gegentheil[1143]). Auch der Ausdruck *ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως* kann zwar allenfalls auf Ausschlagung einer blos deferirten noch nicht erworbenen Erbschaft bezogen werden; daß er aber nicht davon zu verstehen sei, sondern vielmehr von dem Verluste der bereits erworbenen Erbschaft verstanden werden müsse, zeigt die in den Worten *καθάπερ ἔμπροσθεν εἰπόντες ἔφθημεν* enthaltene Beziehung auf das in dem Cap. 1 der Novelle Gesagte, nach welcher es ganz unwahrscheinlich ist, daß der Sinn jenes Ausdruckes in dem Cap. 2 ein anderer sein solle, als wie er sich aus dem Cap. 1 ergiebt. Dagegen kann auch weder die Auctorität der Novellenepitomatoren Julian und Athanasius, auf welchen

---

1142) Löhr a. a. O. S. 396 flg. Gegen Löhr's Ausführung ist besonders gerichtet Francke, Beiträge S. 148 flg.

1143) Vgl. darüber die weitere Ausführung von Mühlenbruch a. a. O. S. 66 flg.

letzteren sich Heimbach iun. beruft[1144]), denen noch Theodorus hinzuzufügen ist[1145]), welche alle den fraglichen Ausdruck von der Ausschlagung der deferirten Erbschaft verstehen, in Betracht kommen. Denn Athanasius sowohl als Theodorus unterstützen wieder auf der anderen Seite die hier vertheidigte Ansicht, daß es sich in der Novelle 1 von dem Verluste einer bereits erworbenen Erbschaft handele[1146]). Hiernach ist denn die Ansicht, daß Destitution eines Testamentes das Eintreten der reinen Intestaterbfolge bewirke, diejenige, welche die überwiegenden Gründe für sich hat, und sie läßt sich auch als die gemeine Meinung ansehen[1147]). Der in der Novelle gedrohte Verlust der bereits erworbenen Erbschaft für den Erben, welcher binnen Jahresfrist von der gerichtlichen Mahnung an die testamentarischen Auflagen nicht erfüllt, tritt nicht ein, wenn der Testator für den Fall der Nichterfüllung einen anderen Nachtheil für den Erben festgesetzt hat. Wie nun aber, wenn der vom Testator gedrohte Nachtheil eben darin besteht, daß der Erbe seines Erbrechtes beraubt werden soll, also der Testator denselben Nachtheil droht, welchen das Gesetz mit der ungebührlichen Verzögerung der Erfüllung der Auflagen verbindet? Hat der Testator bestimmt, wer an des Erben Stelle treten solle, so bewendet es dabei. Hat er darüber nichts bestimmt, so wird gewöhnlich angenommen, daß Intestaterbfolge eintrete[1148]). Doch entscheidet die bekannte Auslegungsregel für Privatverfügungen, es sei im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Disponent von der gesetzlichen Bestimmung abgewichen sei[1149]), mehr für die entgegengesetzte Ansicht[1150]). Was den Unterschied zwischen den Wirkungen der eigentlichen Ausschlagung eines Erbrechtes und der Ausschließung von demselben nach Vorschrift der Novelle 1 anlangt, so

---

1144) Athanasius, Novell. Iustin. Tit. IX. const. 1.: *Ὅταν ὁ τεστάτωρ κελεύσει μὴ παρακρατηθῆναι Φαλκίδιον, οὐκ ἀναγκάζεται ὁ κληρονόμος ἀδιτεῦσαι, ἀλλὰ ταῖς ἔμπροσθεν εἰρημέναις διαδοχαῖς χώρα γενήσεται.* (Heimbach iun., Anecdot. T. I. p. 97.)

1145) Theodorus, Breviar. Novell. Nov. 1. th. 6.: *Ἐὰν ὁ τεστάτωρ ῥητῶς εἴπῃ μὴ παρακρατηθῆναι Φαλκίδιον, οὐ παρακατέχεται μέν, πλὴν οὐκ ἀναγκάζεται ὁ κληρονόμος ἀδιτεύειν κ. τ. λ.* (Zachariae, Anecdot. p. 9.)

1146) Athanasius l. c. (Heimbach, Anecd. T. I. p. 96. 98.) spricht davon, daß die Erfüllung der Vermächtnisse von dem Erben nicht über ein Jahr von der gerichtlichen Erinnerung an verzögert werden dürfe. Ebenso spricht Theodorus l. c. th. 1. (Zachariae l. c. p. 7.) von dem Aufschub der Erfüllung der testamentarischen Auflagen von Seiten des Erben über ein Jahr nach der Verurtheilung (*μετὰ καταδίκην*) sowie in th. 8. (Zachariae l. c. p. 9.) von dem Aufschub über ein Jahr nach der gerichtlichen Erinnerung (*μετὰ ὑπόμνησιν δικαστικήν*). Beide setzen also voraus, daß der Erbe die Erbschaft bereits angetreten hat, die Erfüllung der Auflagen aber ungebührlich verzögert.

1147) Siehe die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. 68, N. 77, welchen sich noch manche andere beifügen ließen.

1148) So von Stryk, Tract. de successione ab intestato. Diss. I. §. XXXIX.

1149) L. 19. D. 35. 1.

1150) S. Mühlenbruch a. a. O. S. 71 flg.

besteht derselbe zuvörderst darin, daß auf denjenigen, welcher überall nicht Erbe wird, auch keine erbrechtlichen Verbindlichkeiten übergehen können; wogegen diejenigen, welche durch den Erbschaftsantritt ein Recht gegen den Erben erworben haben, dieses auch durch dessen Gewissenlosigkeit und Nachlässigkeit nicht verlieren können. Es bleibt hiernach der Haupterbe den Gläubigern und Vermächtnißnehmern nach wie vor verpflichtet, wenn keine der Personen, welchen nach der Novelle das Erbrecht angeboten wird, es haben will. Wenn auch das Gesetz darüber nichts ausdrücklich bestimmt, so schränkt es doch nur das Recht des Haupterben ein und bedroht nur diesen mit einem Nachtheile, wenn er binnen der bestimmten Frist den Willen des Testators nicht erfüllen würde. Die Vermächtnißnehmer, wenn sie an der Reihe sind, können gegen Caution an die Stelle des Haupterben treten. Daß sie aber dazu verpflichtet seien, davon ist ebensowig die Rede, wie davon, daß sie, wenn sie es ablehnen, die wider den Erben einmal erworbenen Rechte verlieren[1151]). Die Meinung endlich, daß nach kanonischem Rechte ein Testament nie mehr durch Ausschlagung destituirt werden könne, indem der Erbe, welcher binnen Jahresfrist nicht antrete und die testamentarischen Auflagen erfülle, dazu gezwungen werden könne, entbehrt alles Grundes. Die Stelle, worauf sie gestützt wird[1152]), betrifft den Fall: es war einer gewissen Theodosia als Testamentserbin die Erbauung eines Klosters auferlegt worden. Der Bischof soll, wie es in der Stelle heißt, die Erbin erinnern, daß sie der Auflage binnen Jahresfrist nachkomme, und wenn dies nicht geschehe, die Ausführung selbst besorgen. Von einem Zwange zur Antretung der Erbschaft ist hier gar nicht die Rede; vielmehr geht daraus, daß von einer Erinnerung an die Erfüllung der Auflage gesprochen wird, hervor, daß die bereits geschehene Erbschaftsantretung vorausgesetzt wird, indem sonst von einer solchen Erinnerung gar nicht hätte die Rede sein können. Uebrigens enthält die Decretale nur eine Anwendung der schon in den Constitutionen der christlichen Kaiser enthaltenen Bestimmung, daß die Bischöfe die testamentarischen Anordnungen ad pias causas ausführen sollen, wenn die Erben die Erfüllung verweigern oder ungebührlich verzögern[1153]), und auf diese piissimae leges nimmt der Pabst ausdrücklich Bezug[1154]).

An sich steht es dem Testamentserben frei, auf die deferirte Erbschaft zu verzichten, ohne daß ihn deshalb ein Nachtheil trifft. Doch soll er dadurch keine Chicane gegen die Vermächtnißnehmer üben[1155]).

1151) Ueber andere Verschiedenheiten s. Mühlenbruch a. a. O. S. 73.
1152) Cap. 3. X. III. 26.
1153) L. 28. 46. 48. C. I. 3. Nov. 131. cap. 1.
1154) Mühlenbruch a. a. O. S. 77 flg.
1155) Dig. Lib. XXIX. Tit. 4.: Si quis omissa causa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem. Cod. Lib. VI. Tit. 39.: Si omissa sit causa testamenti. Vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 42, S. 449—470, dem wir folgen. Es ist

Hierauf bezog sich ein eigenes Edict des Prätors, zunächst wohl den Fall betreffend, wenn der Testamentserbe in der Absicht die Erbschaft aus dem Testamente ausschlug, um die Erbschaft frei von Lasten ab intestato zu erhalten, und auch wirklich die Erbschaft oder einen Theil davon ab intestato besaß[1156]). Dann fand nämlich gegen ihn eine Klage auf Leistung der Vermächtnisse, der Singular- wie der Universalvermächtnisse statt, wie wenn er aus dem Testamente die Erbschaft angetreten hätte[1157]). Durch Auslegung wurde der Sinn der einzelnen Ausdrücke des Edictes näher bestimmt, dasselbe auch durch consequente Anwendung des dabei zum Grunde liegenden rechtlichen Principes (der ratio edicti) auf Fälle bezogen, welche der Wortverstand nicht mit begriff; zugleich wurde gesucht, das Edict gegen mögliche Mißdeutungen zu sichern, indem man, unter Rücksicht auf jenes Princip, die Fälle bestimmte, auf welche es nicht anzuwenden sei, obgleich eine Beziehung des Edictes nach seiner buchstäblichen Fassung darauf möglich war. Das Einzelne ist folgendes: 1) Zur Anwendung des Edictes wird nicht ausdrückliche Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente vorausgesetzt, sondern es genügt schon die Nichterfüllung einer Potestativbedingung von Seiten des eingesetzten Erben und die dadurch bewirkte Destitution des Testamentes[1158]). 2) Ein abstinirender suus heres unterliegt dem Edicte ebensowohl wie ein extraneus, welcher den Erwerb ausschlägt[1159]), und ebenso kommt darauf nichts an, ob der Ausschlagende instituirt oder substituirt war, und letzteren Falles, ob vulgariter oder pupillariter[1160]). Selbst die Unterlassung der Agnition einer bonorum possessio contra tabulas, wenn sie in der Absicht geschah, um als Intestaterbe die Erbschaft ohne die Last der Vermächtnisse zu heben, verpflichtete zur Leistung der Vermächtnisse[1161]). 3) Das Edict fand auch dann Anwendung, wenn Jemand, welcher durch einen Anderen die Erbschaft erwerben konnte, die Erbschaft verschmähte, um selbst ab intestato zu erben, z. B. wenn der Sclave des Intestaterben eingesetzt war und der Herr die Erbschaft aus dem Testamente nicht antreten ließ, nach dem Rechte der Pandekten auch, wenn der Sohn des Intestaterben eingesetzt war[1162]). Ebenso tritt das Edict ein, wenn nicht durch die Ablehnung des im ersten Grade eingesetzten Intestaterben, sondern durch den Substituten die Intestaterbfolge herbeigeführt wurde, also der Instituirte und Substituirte, infolge einer Collusion zwischen beiden,

dieser Punkt zwar bereits von Arndts in dem Artikel Legat Bd. VI, S. 302 berührt worden. Das Nähere aber gehört in den jetzigen Zusammenhang.

1156) L. 1. pr. D. 29. 4.

1157) L. 28. 29. D. eod.

1158) L. 1. §. 8. D. eod.

1159) L. 1. §. 7. D. eod.

1160) L. 3. L. 27. pr. D. eod.

1161) L. 6. §. 9. L. 23. D. eod. und arg. L. 17. D. 28. 3. und L. 14. pr. L. 15. §. 1. D. 37. 5.

1162) L. 1. §. 1—3. L. 21. D. 29. 4.

beide die testamentarische Erbfolge ausschlagen[1163]; aber auch, wenn der Instituirte ausschlägt, um durch den Substituten die Erbschaft frei von Lasten zu erwerben. Dies fand natürlich auf die Fälle Anwendung, wenn der Hausherr eingesetzt, sein Sclave oder Haussohn ihm aber substituirt war[1164]. Seit nach einem Rescripte von Septimius Severus der Substitut die auf den Instituirten gelegten Lasten mit übernehmen mußte[1165], war ein solcher Versuch, die Erbschaft ohne die Lasten zu erhalten, nutzlos, obwohl immer noch Anwendungsfälle der obigen Bestimmungen übrig blieben[1166]. 4) Es kommt nichts darauf an, was und wie viel der Ausschlagende von der Erbschaft besitzt; er haftet den Vermäßtnißnehmern vollständig, wenn er auch nur etwas besitzt[1167]. Lehnen jedoch Mehrere die testamentarische Erbschaft ab, um sie ab intestato zu besitzen, so haftet jeder nur zu dem Theile, zu dem er eingesetzt ist[1168]. Daß er als Erbe besitze, ist nicht nothwendig[1169]. Daher müssen die Vermächtnisse auch entrichten: a) der Vater, welcher von seinem Sohne zum Erben des castrensischen Peculiums eingesetzt ist, aber sein Recht aus dem Testamente aufgiebt, um den Nachlaß iure peculii einzuziehen[1170]; b) der Testamentserbe, welcher durch seine Ausschlagung bewirkt hatte, daß der Nachlaß als erblos an den Fiscus kam, von diesem ihn aber zurückkauft, wenn dies in der Absicht geschah, die Vermächtnißnehmer um ihr Recht zu bringen[1171]; c) derjenige, welcher den von ihm aufgegebenen Nachlaß ohne allen Rechtstitel wieder occupirt oder als possessor pro possessore besitzt[1172]. Der Erwerb des Besitzes aus einem besonderen Rechtstitel, ohne betrügliche Absicht gegen die Vermächtnißnehmer, hat den Wegfall der Verpflichtung zur Leistung der Vermächtnisse zur Folge[1173]. 5) Auch wenn der eingesetzte Erbe nicht selbst besitzt, sondern böslicher Weise den Besitz abgelehnt oder aufgegeben hat, haftet er wegen der Vermächtnisse[1174], z. B. wenn er die Erbschaft ausschlägt, damit sie an die Substituten oder Intestaterben gelange[1175]. Auch wenn dies nicht

---

1163) L. 3. L. 10. §. 2. D. eod.
1164) L. 25. 26. pr. D. eod.
1165) L. 61. §. 1. D. 31.
1166) Vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 453 flg.
1167) L. 13—16. 24. D. 29. 4. Er hat aber das Recht zum Abzuge der Falcidischen Quart L. 18. §. 4. 1. D. eod.
1168) L. 18. pr. D. eod.
1169) L. 1. §. 9. D. eod.
1170) L. 17. §. 3. D. 29. 1. Da der Sohn nach neuerem Rechte ab intestato wie ein homo sui iuris beerbt wird, so kann der Vater das Peculium nicht mehr einziehen; der obige Fall, wenn nämlich der eingesetzte Vater nächster Intestaterbe ist, unterliegt daher jetzt der allgemeinen Regel des Edicts.
1171) L. 6. §. 7. D. 29. 4.
1172) L. 30. D. eod.
1173) L. 1. §. 9. L. 30. D. eod.
1174) L. 1. §. 10—12. D. eod.
1175) L. 1. §. 13. L. 2. 4. pr. §. 1. D. eod.

aus Eigennutz geschah, sondern blos in der Absicht, den Nacherben das Vermögen frei von Lasten zuzuwenden, findet das Edict Anwendung, da die Handlung immer auf der Absicht beruht, den Willen des Testators zu umgehen[1176]). Nach der in der letzten Note angezogenen Digestenstelle findet die utilis actio legatorum auch gegen den statt, welchem die Erbschaft überlassen wird; ob aber auch gegen den Ausschlagenden, wird nicht gesagt. Nach einer anderen Stelle scheint die Klage gegen den Dritten davon abhängig gemacht zu werden, daß er die Absicht des Ausschlagenden, die Vermächtnißnehmer um ihr Recht zu bringen, theile[1177]). Die Zusammenstellung und Vergleichung aller auf dieses Verhältniß bezüglichen Stellen liefert folgendes Resultat: a) Erhielt der Dritte die Erbschaft unentgeltlich, so findet die utilis legatorum actio stets gegen ihn statt, außerdem nur, wenn er an der betrüglichen Absicht des Ausschlagenden Theil nahm[1178]). b) Der Ausschlagende selbst haftet stets, er mag in diesem Falle Geld oder Geldeswerth für die Abtretung erhalten haben oder nicht; zunächst ist aber der Besitzer in Anspruch zu nehmen, also erst subsidiarisch der Verzichtende, während es sich im ersten Falle umgekehrt verhält[1179]). c) Lehnen der Instituirte und Substituirte die testamentarische Erbschaft ab, um den Nachlaß ab intestato zu besitzen (wobei natürlich vorausgesetzt werden muß, daß beide gleichberechtigte Intestaterben waren), so findet die legatorum actio gegen Beide in solidum statt, d. h. der Vermächtnißnehmer hat die Wahl, welchen er verklagen will, und die Leistung des Einen befreit den Anderen[1180]). Dasselbe ist der Fall, wenn nicht der Instituirte, sondern der Substitut Intestaterbe ist, Ersterer um Geld der Erbschaft entsagt und Letzterer sie ablehnt, um sie ab intestato zu besitzen; auch hier haften Beide in solidum[1181]). d) Sind andere Vermächtnisse für den Institutionsfall, als für den Substitutionsfall angeordnet, Beide besitzen aber die Erbschaft ab intestato, so hat jeder die ihm auferlegten Vermächtnisse zu entrichten[1182]). Gelangt die Erbschaft durch Collusion zwischen dem Instituirten und dem Substituten allein an den Ersteren, ohne daß Letzterer für seine Ablehnung eine Vergeltung erhielt, so haftet der Erstere auch für die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse; entsagte aber dieser in eigennütziger Absicht, so haftet er für die ihm auferlegten Vermächtnisse. Erlangt auf diese Weise der Substitut allein den Besitz der Erbschaft, so verklagen die Vermächtnißnehmer jeden, der zu ihrem Besten belastet ist, wenn der Instituirte gegen eine Abfindung entsagte; sonst aber fordern sie sämmtlich die ihnen zuge-

1176) L. 4. pr. D. eod. L. 1. C. VI. 39.
1177) L. 27. §. 2. D. eod.
1178) L. 10. pr. D. eod.
1179) L. 2. §. 1. L. 4. §. 1. D. eod.
1180) L. 11. D. eod.
1181) L. 3. D. eod.
1182) L. 10. fin. D. eod.

dachten Vermächtnisse von dem Substituten[1183]). 6) Wenn auch das Edict nur von Erben spricht, welche die ihnen deferirte Erbschaft ausschlagen, so findet es doch auch Anwendung auf Legatare, welche mit Fideicommissen belastet sind und die Ausschlagung der Erbschaft bewirken, um dieselbe als Intestaterben erhalten zu können[1184]). — Berechtigt zu der Forderung sind alle Vermächtnißnehmer, einschließlich der Universalfideicommissarien[1185]). Ein Prälegat kann aber nicht verlangt werden, wenn der damit Bedachte selbst die Erbschaft betrüglicher Weise ausschlug[1186]). Derjenige, welcher unter der Bedingung, einem Dritten etwas zu geben, eingesetzt ist, hat selbst, wenn er die Erbschaft in fraudem legatariorum ausschlug, keine Verpflichtung dem Dritten zu leisten, weil ein solcher, welchem, um eine Bedingung zu erfüllen, gegeben werden sollte, nicht als wahrer Vermächtnißnehmer gilt[1187]). Der Anspruch geht auch gegen die Erben des Testamentserben, welcher die Erbschaft aus dem Testamente ausschlug und solche als Intestaterbe in Besitz nahm. Nur wenn er nicht selbst den Besitz erwarb, sondern zu Gunsten der Substituten oder Intestaterben ausschlug, haften die Erben nur insoweit, als sie durch den dolus ihres Erblassers bereichert sind[1188]). Die Anwendung des Edictes fällt natürlich weg, wenn bei der Ausschlagung der Erbschaft die Absicht, die Vermächtnißnehmer um ihr Recht zu bringen, nicht zum Grunde liegt[1189]). Daher trifft den Ausschlagenden auch der im Edicte gedrohte Nachtheil nicht, wenn er die Delation der Erbschaft aus dem Testamente erweislich nicht gekannt hat und die Erbschaft als Intestaterbe erwirbt[1190]). Dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Erwerb aus dem Testamente nicht mehr möglich war, indem entweder die zum Antritt gesetzte Frist abgelaufen ist oder das Testament nur nach prätorischem Rechte bestehen konnte, die Frist zur Agnition der bonorum possessio aber verstrichen ist[1191]). Denn so lange der Erwerb der Erbschaft aus dem Testamente noch möglich ist, ist der Antritt ab intestato unwirksam[1192]). Dasselbe gilt von dem Falle, wenn zwar die Delation dem Testamentserben bekannt war, der Erwerb aber durch einen von ihm nicht verschuldeten Umstand gehindert wurde[1193]). Denn in derartigen Fällen kann der Nachlaß aus dem

1183) L. 10. §. 2. D. eod.
1184) L. 4. §. 2. D. eod.
1185) L. 28. §. 1. D. eod.
1186) L. 7. 10. §. 1. D. eod.
1187) L. 8. 9. D. eod.
1188) L. 12. §. 1. D. eod.
1189) L. 17. D. eod. L. 2. C. VI. 39. verb.: Si vero iure facto testamento etc.
1190) L. 1. §. 4. D. 29. 4.
1191) Arg. L. 2 C. VI. 39. verb.: Quodsi cum neque adiri ex testamento hereditas, neque bonorum possessio peti possit — —, petitio relictorum nullo iure procedit.
1192) L. 22. 39. D. 29. 2.
1193) L. 5. D. 29. 4.

Testamente überhaupt gar nicht erworben werden, mithin kann die Klage auf die Legate wegen Nichtantretung ebensowenig stattfinden, als wie wenn das Testament aus anderen Gründen ungiltig ist[1194]). — Erfolgt die Ausschlagung ohne dolus, so gebühren dem Erben auch die im Testamente ihm zugedachten Vortheile[1195]). Außerdem findet das Edict in folgenden Fällen keine Anwendung: 1) wenn der Testator es der Wahl des Erben überlassen hat, ob er die Erbschaft aus dem Testamente annehmen oder ausschlagen wolle[1196]). Stillschweigend kann dies ebenfalls geschehen, namentlich dadurch, daß derselbe im ersten und zweiten Grade eingesetzt wird; hierdurch hat er die Befugniß, die Erbschaft als instituirter Erbe auszuschlagen und als Substitut zu erwerben, mithin ohne die ihm als Instituirten auferlegten besonderen Lasten[1197]). Auch darin liegt eine stillschweigende Gestattung, wenn Jemand eingesetzt und unter der Bedingung, daß er Erbe werden sollte, ein Anderer mit etwas bedacht ist; hier ist das Recht des Honorirten davon abhängig gemacht, daß der eingesetzte Erbe auch wirklich die Erbschaft aus dem Testamente erwerbe; mithin findet die legatorum actio oder wenn auf diese Weise ein Miterbe eingesetzt ist, die hereditatis petitio, auch nur unter dieser Bedingung statt[1198]). Dagegen liegt in der Errichtung eines Intestatcodicilles neben dem Testamente noch keine Bewilligung für den Erben von Seiten des Testators, daß er nach freier Wahl die Erbschaft aus dem Testamente ausschlage und ab intestato erben dürfe[1199]). 2) Die Klage der Vermächtnißnehmer fällt auch dann weg, wenn der Testamentserbe, blos um einer wider ihn beabsichtigten Unbilligkeit zu entgehen, die Erbschaft aus dem Testamente ausschlägt, um solche ab intestato zu besitzen[1200]).

III. Wirkung der Codillarclausel bei ungiltigen Testamenten[1201]). Von der Codicillarclausel ist bereits an einem

---

1194) L. 6. §. 5. D. eod. L. 2. C. VI. 39.

1195) Vgl. L. 17. §. 2. L. 91. §. 2. fin. D. 31. L. 22. §. 2. D. 29. 2. L. 4. §. 11. D. 44.

1196) L. 6. §. 1. D. 29. 4.

1197) L. 1. §. 5. D. eod. Hierher gehört auch der in L. 26. §. 1. D. eod. vorgetragene und entschiedene Fall.

1198) L. 22. pr. §. 1. D. eod.

1199) L. 6. pr. D. eod.

1200) L. 77. §. 31. D. 31. Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 468 flg.

1201) Vgl. besonders Fein Forts. von Glück, Erl. der Pand. Bd. 45, S. 184—364, dem wir vorzugsweise folgen. Außerdem sind von Schriften darüber zu erwähnen: Chifletius, de iure fideicommissorum Lib. III. cap. 1—13. (in Otto, Thes. iur. T. V. p. 817. sq.); Stryk, de clausula codicillari. Francof. 1670. (in diss. T. I. nr. 18.); Hellfeld, de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adiectae (in Opusc. et diss. iur. civ. priv. nr. XVIII.); Tauchert, de clausula codillari. Hal. 1822; Sickel (praes. Einert), de vi clausulae codicillaris in testamento nullo. Lips. 1829; Roßhirt, Vermächtnisse Bd. 1, S. 45 flg.

anderen Orte dieses Werkes ganz kurz die Rede gewesen[1202]). Die umständliche Erörterung darüber gehört in den gegenwärtigen Zusammenhang. 1) Begriff und juristischer Charakter. Die Rechtsgrundsätze über die Codicillarclausel sind größtentheils Erzeugniß der Wissenschaft. Der Name clausula codicillaris kommt zwar in den römischen Quellen nicht vor; die Sache selbst aber war den römischen Juristen bekannt[1203]), und Ulpian bezeugt ihren häufigen Gebrauch in der damaligen Zeit[1204]). Die Codicillarclausel ist die Erklärung des Erblassers, daß ein von ihm errichtetes Testament als Codicill gelten soll, wenn es als Testament nicht gelten kann[1205]). Die in der älteren teutschen Praxis lange Zeit festgehaltene Formel geht nicht blos dahin, daß das Testament als Codicill, sondern daß es auch als testamentum nuncupativum, Fideicommiß, donatio mortis causa, oder wie es sonst den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten soll, Bestimmungen, die in den meisten Fällen unnütz sind. Die Wirksamkeit der Codicillarclausel beruht auf zwei Voraussetzungen; die erste ist, daß das Testament als solches nicht in das Leben tritt; die zweite, daß dasselbe, bezüglich der die Codicillarclausel enthaltende letzte Wille wenigstens alle Erfordernisse eines Codicilles hat. Vermöge der ersten Voraussetzung hat die Codicillarclausel in concreto keine Wirksamkeit, wenn die Erbschaft aus dem Testamente, welches nach dem Willen des Testators eventuell als Codicill aufrechterhalten werden soll, angetreten wird. Ihre ganze Wirksamkeit ist nur für den Fall berechnet, daß das fragliche Testament als solches nicht in das Leben tritt, wobei regelmäßig der Grund unerheblich ist, aus welchem das Testament von Anfang an nichtig gewesen oder später nichtig geworden ist. Die zweite Voraussetzung stützt sich auf die einfache Regel, daß jedes Rechtsgeschäft die gesetzlichen Erfordernisse haben muß. Die Aufnahme der Clausel in das Testament selbst ist nicht nothwendig, auch eine später außerhalb dieses Testamentes abgegebene, in die Codicillarform eingekleidete Erklärung des Testators hat dieselbe Wirkung, wie die in das Testament selbst aufgenommene Clausel. Die Wirkung des Eintrittes dieser beiden Voraussetzungen ist, daß das fragliche Testament als Codicill aufrecht erhalten, d. h. daß jede einzelne darin enthaltene letztwillige Verfügung so behandelt wird, wie wenn sie der Erblasser gleich anfänglich in einem förmlichen Codicille angeordnet hätte. Der Zweck der Codicillarclausel ist, eine sog. conversio actus iuridici[1206]) hervorzubringen. Dieser Gesichtspunkt ist für

---

1202) Vgl. den Artikel Legat Bd. VI, S. 293.

1203) Vgl. besonders L. 3. D. 29. 1. L. 1. D. 29. 7. L. 8. C. VI. 36. L. 41. §. 3. D. 28. 6. L. 11. C. VII. 2.

1204) L. 3. D. 29. 1.

1205) In einem Testamente von 552 findet sich die Clausel wörtlich. Vgl. Spangenberg, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 169.

1206) Der Ausdruck Conversion ist aus L. 19. pr. §. 1. D. 29. 1. entlehnt, wo die Worte vorkommen: in causam fideicommissi et codicillorum vim

die Streitfrage wichtig, ob die Codicillarclausel bei Testamenten subintelligirt werde oder, wie richtiger die Frage zu stellen ist, ob ein Testament nur infolge einer Erklärung des Erblassers oder schon kraft Rechtsvorschrift als Codicill unter den oben gedachten beiden Voraussetzungen aufrecht erhalten werde? Während im 18. Jahrh. die bei weitem größere Mehrheit der Juristen[1207]) diese Frage bejahte, haben die Neueren dagegen mit wenigen Ausnahmen dieselbe verneint[1208]). Letzterer Ansicht rechtfertigt sich zunächst aus allgemeinen Gründen vom Standpunkte der Conversion aus[1209]). Ist nämlich ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft als solches nichtig, hat aber doch alle Erfordernisse eines anderen verwandten Rechtsgeschäftes, so ist davon als Regel auszugehen, daß das fragliche Geschäft in dieser letzteren Gestalt nur dann aufrecht erhalten wird, wenn der Wille der Parteien auf diese Aufrechterhaltung gerichtet und gehörig erklärt worden ist. Sowenig sich diese Regel ausdrücklich ausgesprochen findet, so ergiebt sie sich doch aus einzelnen Entscheidungen mit Gewißheit[1210]). Nur Eine Ausnahme davon giebt es, nämlich die Aufrechterhaltung der acceptilatio in Anwendung auf andere Vertragsobligationen als verborum obligationes als pactum de non petendo[1211]). Dieser Regel gemäß kann denn nun auch ein nichtiges Testament, ohne eine darauf gerichtete Erklärung des Erblassers nicht als Codicill aufrecht erhalten werden, wenn es auch alle Erforderniſſe eines Codicilles haben sollte. Dies wird durch die übereinstimmenden Zeugnisse der Quellen bestätigt[1212]). Diese hiernach nothwendige Erklärung des Erblassers ist an keine bestimmte Form gebunden. Jede Willensäußerung, aus welcher sich mit Sicherheit abnehmen läßt, daß der Testator die ihm vorgelegte Frage, ob sein Testament eventuell nicht wenigstens als Codicill gelten solle, bejahen würde, ist als genügend anzusehen. Daher schließt auch die clausula omni meliori modo auch die Codicillarclausel in sich[1213]). Die Wirkung der Codicillarclausel hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verfügungen kann der Erblasser auch dadurch hervorbringen, daß er an diejenigen, welche nicht aus dem fraglichen Testa-

---

prioris testamenti convertisse und testamentum in eam causam conversum. Vgl. über die Conversion Römer, im Archiv für civil. Praxis Bd. 36, S. 66—94.

1207) Siehe die Literatur bei Fein a. a. O. S. 191, N. 58.

1208) Siehe die Citate bei Fein a. a. O. S. 192, N. 61. Nur Hugo, Lehrb. des heut. röm. Rechtes 7. Aufl. S. 221 hält es aus inneren Gründen und nach dem Gerichtsbrauche (der aber nicht erweislich ist) für sehr zweifelhaft, ob die Conversion nur erst infolge einer Erklärung des Erblassers stattfinde.

1209) S. besonders Römer a. a. O. Fein a. a. O. S. 193 flg.

1210) Vgl. L. 1. §. 4. D. 13. 5. L. 1. §. 2. D. 45. 1. L. 7. §. 2. D. 2. 14. — L. 1. §. 5. D. 15. 4. — L. 9. D. 23. 1.

1211) L. 8. pr. L. 19. pr. L. 23. D. 46. 4. L. 27. §. 9. D. 2. 14. L. 5. pr. D. 18. 5.

1212) L. 41. §. 3. D. 28. 6. L. 1. L. 13. §. 1. D. 29. 7. L. 11. C. VII. 2. L. 8. §. 1. C. VI. 36.

1213) L. 29. §. 1. D. 28. 1. L. 88. §. 17. D. 31. L. 77. §. 23. D. 31.

mente, sondern auf andere Weise seine Erben sein würden, die Bitte richtet, den Inhalt des fraglichen Testamentes zur Ausführung zu bringen[1214]). Hinsichtlich der Prüfung und Widerlegung der Gründe für die entgegengesetzte Meinung, daß die Codicillarclausel zu subintelligiren sei, genügt es, auf die neueste gründliche Ausführung von Fein zu verweisen[1215]). Die Frage, ob nicht von der gedachten Regel Ausnahmen vorkommen, d. h. ob und in welchen Fällen ein Testament, ohne Willenserklärung des Erblassers, unmittelbar infolge einer Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten werde, ist sehr verschieden beantwortet worden. Es lassen sich in dieser Beziehung folgende Meinungen unterscheiden. Nach der einen Ansicht versteht sich die Codicillarclausel bei allen privilegirten Testamenten von selbst. Es ist dies aber unbegründet, da sich das Privilegium dieser Testamente blos auf die Form beschränkt. In dieser Beziehung ist allerdings kein Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen. Wollte man dagegen ein privilegirtes Testament, welches als solches, abgesehen von der Form, aus irgend einem anderen Grunde nicht bestehen kann, in Gestalt eines Codicilles aufrecht erhalten, so wäre dies ein materielles Privilegium, dessen Annahme ohne eine bestimmte Rechtsquelle unzulässig ist, an welcher es aber fehlt. Nach einer zweiten Meinung tritt die stillschweigende Ergänzung der Codicillarclausel nur bei einzelnen privilegirten Testamenten und meistens auch noch für gewisse privilegirte Fälle ein. Ueber die Zahl dieser Fälle weichen aber die Ansichten noch unter den neueren Juristen sehr von einander ab. Wirklich begründete Ausnahmsfälle giebt es nur zwei, nämlich bei dem testamentum parentum inter liberos und dem sog. testamentum posterius imperfectum. Von beiden ist schon früher die Rede gewesen[1216]). Nach einer dritten Ansicht endlich giebt es gar keine Ausnahmsfälle. Dies beruht indessen bei den meisten Vertheidigern derselben auf dem Irrthume, daß bei den privilegirten Testamenten die Annahme der stillschweigenden Ergänzung der Codicillarclausel unnütz sei, indem die Form der privilegirten Testamente und Codicille identisch sei und die Codicillarclausel daher hier einen Mangel der Form nicht ersetzen könne. Allein diese Clausel hat nicht blos die Wirkung, einen Mangel der Form zu ersetzen, sondern sie wirkt auch, wenn das Testament aus anderen Gründen hinfällig ist; für diese anderen Fälle ist mithin der Grundsatz von der kraft Rechtsvorschrift eintretenden Conversion sehr wichtig.

2) Wirkungen der Codicillarclausel. Die Wirkung der zur Realisirung kommenden Codicillarclausel besteht darin, daß das betreffende Testament als Codicill aufrecht erhalten, d. h. daß jede ein=

1214) Vgl. L. 9. D. 32. L. 24. §. 11. D. 40. 5. L. 14. 29. C. VI. 42. L. 1. C. VII. 4.

1215) Vgl. Fein a. a. O. S. 206—226.

1216) Ueber andere angebliche Ausnahmsfälle vgl. Fein a. a. O. S. 252—258.

zelne darin enthaltene Verfügung so beurtheilt wird, als habe sie der Testator gleich von Anfang an in einem Codicille und in der für Codicille allein zulässigen und möglichen Form angeordnet. Die directen Erbeinsetzungen, sowohl die Institutionen als auch nöthigenfalls die Substitutionen, werden daher in Universalfideicommisse, die Legate in Singularfideicommisse, die directae libertates in fideicommissariae libertates[1217]), die sog. tabulae testamentariae perfectae in imperfectae und der ipso iure wirkende Widerruf in einen ope exceptionis wirkenden verwandelt. Als Onerirte hinsichtlich der eben erwähnten vermögensrechtlichen Verfügungen gelten nunmehr die jetzt zur directen Erbfolge gelangenden Personen mit den im Laufe der Zeit rücksichtlich der Universalfideicommisse aufgenommenen Vorrechten und Beschränkungen. Diese Aufrechterhaltung des Testamentes in der Gestalt eines Codicilles erstreckt sich natürlich auch auf diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche an und für sich selbstständig sind, aber doch als Theil des Testamentes behandelt werden[1218]). Dahin gehören die zu dem betreffenden Testamente errichteten testamentarisch bestätigten wie unbestätigten Codicille, sowie die Pupillartestamente. Letztere können sich in ihrer Umwandlung, weil nun die Grundsätze der Fideicommisse zur Anwendung kommen, allerdings nicht mehr auf das eigene Vermögen des Pupillen beziehen; soweit aber väterliches Vermögen auf den Pupillen selbst als testamentarischen oder Intestaterben seines Vaters übergegangen ist, soweit kann er oder sein Erbe auch mit einem Fideicommisse, nach Abzug des Pflichttheiles, belastet werden. Hiernach hat die Codicillarclausel an und für sich betrachtet keine civilrechtliche Wirkung; in Ansehung der vermögensrechtlichen Verfügungen hat sie nur fideicommissarische und hinsichtlich der vormundschaftlichen Anordnungen diejenige Wirkung, welche mit unvollkommenen vormundschaftlichen Dispositionen verbunden ist. Hat nun der Erblasser nur ein einziges Testament, aber mit der Codicillarclausel errichtet, oder er nimmt einen derartigen Testamentsact vor, nachdem ein früher von ihm gemachtes Testament bereits unwirksam geworden ist, so kann die Codicillarclausel ihre Wirkung natürlich nur auf die Intestaterbfolge erstrecken; das Testament wird daher durch diese Clausel in ein Intestatcodicill verwandelt. Weil dies der Fall ist, der im wirklichen Leben am häufigsten vorkommt, so nehmen die Gesetze hin und wieder auch nur allein auf ihn Bezug[1219]). Deshalb darf man diese Wirkung der Clausel nicht für die ausschließliche halten. Denn es ist in den Fällen, wo der Erblasser zwei Testamente errichtet hat, sehr wohl möglich, daß das eine dieser Testamente neben dem anderen als testamentarisches Codicill aufrecht erhalten wird. Es

---

1217) L. 12. §. 1. D. 28. 3. L. 19. §. 1. D. 29. 1. L. 2. §. 4. D. 29. 7. L. 1. L. 8. pr. C. VI. 36. L. 88. §. 17. D. 31.

1218) Vgl. darüber L. 16. D. 29. 7.

1219) Z. B. L. 8. §. 1. C. VI. 36.

lassen sich in dieser Beziehung folgende Fälle denken: a) Fälle, wo sich die Clausel auf das Testament selbst, welchem sie beigefügt ist, bezieht. aa) Ist von den zwei Testamenten das erste giltig, das andere aber nichtig errichtet, so wird bekanntlich das erste nicht rumpirt[1220]), vielmehr tritt das erste als Testament in das Leben. Enthält das zweite nichtige Testament die Codicillarclausel und hat alle Erfordernisse eines Codicilles, so muß es neben dem ersten Testamente als testamentarisches Codicill in das Leben treten. bb) Ist aber umgekehrt von den beiden Testamenten nur das zweite giltig errichtet, so muß das erste nichtig errichtete, wenn es die Codicillarclausel auf gehörige Weise enthielt, doch als testamentarisches Codicill neben dem zweiten realisirt werden. Vom Augenblicke seiner Errichtung an konnte nämlich dieses erste nichtige Testament nur als Intestatcodicill in Betracht kommen; mit der späteren Errichtung eines giltigen Testamentes verwandeln sich aber die Intestatcodicille stillschweigend in testamentarische Codicille, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers auf gehörige Weise an den Tag gelegt ist. So gilt daher das zweite Testament als solches und das erste kraft der darin enthaltenen Codicillarclausel als testamentarisches Codicill. cc) Sind endlich beide Testamente giltig errichtet, der Erblasser hat aber in dem ersten ausdrücklich erklärt, daß dasselbe als testamentarisches Codicill gelten solle, wenn er später ein zweites Testament errichten werde, so ist diese Clausel nicht durch das zweite Testament für rumpirt zu achten, da hier gerade der Fall eingetreten ist, für welchen der Erblasser durch eine in gehöriger Form abgegebene Erklärung ausdrücklich gesorgt hat, und da in ähnlichen Fällen solche im voraus angekündigte Bestimmungen befolgt werden müssen[1221]). b) Fälle, wo die in dem einen Testamente befindliche Codicillarclausel sich auf das andere Testament bezieht. aa) Enthält das zweite Testament die Clausel in Bezug auf das erste Testament, ein mehrfach in den Quellen erwähnter Fall[1222]), so wird das erste Testament durch das zweite rumpirt; die testamentarische Erbschaft wird daher aus diesem zweiten Testamente deferirt und das erste verwandelt sich im Augenblicke der Ruption in ein testamentarisches Codicill, indem die darauf bezügliche, in das zweite Testament aufgenommene Erklärung, da sie unter dem Schutze der Formalitäten des Testamentes steht, hinsichtlich der Form nichts weiter wünschen läßt[1223]). Es bedarf indessen keiner ausdrücklichen Erklärung,

1220) §. 6. Inst. II. 17. L. 2. D. 28. 3. L. 27. C. VI. 23. L. 22. D. 34. 4.

1221) L. 12. §. 3. D. 30. L. 22. pr. D. 32.

1222) Vgl. L. 12. §. 1. D. 28. 3. L. 19. pr. §. 1. D. 29. 1. L. 29. D. 36. 1. §. 3. Inst. II. 17.

1223) L. 12. §. 1. D. 28. 3. Als ein bestätigtes Codicill ist das erste Testament aber, dieser ausdrücklichen Erklärung ungeachtet, nicht zu betrachten; sonst müßten die darin ausgesetzten Legate als solche erhalten worden sein, während in dieser Stelle doch nur eine Verwandelung derselben in Singularfideicommisse angenommen wird. Der Grund davon liegt in der Nothwendigkeit,

daß das erste rumpirte Testament als testamentarisches Codicill neben dem zweiten Testamente fortbestehen soll; es genügt vielmehr jede stillschweigende, d. h. auf schlüssigen Thatsachen beruhende Erklärung, wenn sie nur in die gehörige Form eingekleidet ist. Als eine solche stillschweigende Erklärung wird namentlich der Fall gedeutet, wo in dem zweiten Testamente nur ein heres in re certa eingesetzt war[1224]). bb) Das erste Testament enthält die Codicillarclausel in Bezug auf das zweite Testament, d. h. im ersten Testamente ist ausdrücklich erklärt, daß, wenn ein vom Testator später errichtetes zweites Testament als solches nicht gelten könne, es doch als Codicill gelten solle. Soll in diesem Falle das zweite Testament als ein zu dem ersten gehöriges testamentarisches Codicill gedacht werden, so ist zweierlei vorauszusetzen: erstens, daß das zweite Testament von Anfang an nichtig war, weil es außerdem das erste rumpirt hätte, so daß es aus dem ersten nicht zur testamentarischen Erbfolge hätte kommen können; zweitens, daß bei der Errichtung des zweiten Testamentes wenigstens die Codicillarform beobachtet worden ist. — Es ist nicht nothwendig, daß die bisher beschriebenen Wirkungen der Codicillarclausel immer sämmtlich in jedem einzelnen Falle eintreten. Vielmehr kann die Clausel durch Zufall oder durch ausdrückliche Verfügung des Erblassers auch auf einzelne Seiten ihrer Wirksamkeit beschränkt werden[1225]). — Eine eigenthümliche Beschränkung der Wirksamkeit der Codicillarclausel bildet das durch Theodosius II. eingeführte Wahlrecht. Dessen hierauf bezügliche Verordnung befindet sich im Theodosischen Codex[1226]) und ist mit einigen Abänderungen in den Justinianeischen Codex aufgenommen[1227]). Es gehören hierher der Anfang der Constitution und die Schlußworte des §. 1[1228]). Ueber den wahren Sinn dieser Verordnung ist viel gestritten worden. Die Glosse, Donellus und Giphanius[1229]) beziehen den ersten Satz auf solche Fälle, in denen es zweifelhaft sei, ob der Erblasser eine directe Erbeinsetzung oder ein Universalfideicommiß beabsichtigt habe. Dagegen soll der Kaiser nach Jac. Gothofredus im Commentar zu dieser Stelle des Theodosischen Codex einen Fall vor Augen gehabt haben, wo der Erblasser den Honorirten zum directen Erben eingesetzt und ihn daneben ausdrücklich für den Fall, daß er nicht

---

die technische confirmatio in directe Worte einzukleiden, während im vorliegenden Falle nur Fideicommißworte gebraucht waren. Hätte der Erblasser sich directer Worte bedient, so würde seine Erklärung zugleich den Charakter der Codicillarclausel und der confirmatorischen Clausel haben.

1224) L. 29. D. 36. 1. Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch Bd. 38, S. 472—474. Fein Bd. 45, S. 268—273.

1225) Vgl. Fein a. a. O. S. 276 flg.

1226) L. 7. Th. C. IV. 4.

1227) L. 8. C. VI. 36.

1228) L. 8. pr. §. 1. verb.: illo iure electionis — migrare non possit. C. eod.

1229) S. die Citate bei Fein a. a. O. S. 280, N. 77—79.

Erbe werde, mit einem Universalfideicommisse bedacht habe. Die Constitution, wie sie in den Justinianeischen Codex aufgenommen ist, sagt wörtlich Folgendes: Wenn Jemand aus einem schriftlichen oder mündlichen Testamente die Erbschaft fordern will, soll er zur Geltendmachung eines Fideicommisses (aus demselben Testamente) nicht gelassen werden. Weit entfernt davon, daß Jemanden die Wahl nach seiner Willkür gestattet werde, wird auch noch verordnet: Wenn der Testator im Testamente zugleich die Codicillarclausel beigefügt habe, so soll der, welcher die Erbschaft fordert (qui hereditatem petit), gleich anfangs (ab ipsis intentionis exordiis) die Wahl zwischen beiden haben und durch die Wahl des Einen von dem Anderen ausgeschlossen sein, so daß er, er möge bonorum possessio secundum tabulas oder missio in possessionem[1230]) nachsuchen, gleich anfangs seinen Entschluß über die Wahl kund geben soll. Der Kaiser will hier offenbar zwei verschiedene Fälle entscheiden. Nach der Auffassung von Gothofredus hätte er dies aber nicht gethan, indem es in der Sache selbst für den eingesetzten Erben keinen Unterschied macht, ob dem Testamente die Codicillarclausel beigefügt oder dem Erben die Erbschaft eventuell ausdrücklich als Fideicommiß zugewendet ist. Nach der Auffassung der Glosse des Donellus und Giphanius dagegen bezieht sich die Constitution nicht nur auf die Codicillarclausel, sondern auch auf die Fälle, in welchen eine Aenderung der Wahl infolge einer anderen Auslegung des letzten Willens des Erblassers vom Honorirten vorgenommen wird. Gerade deshalb, weil dadurch das Gesetz vollständiger erscheint und ein gehöriger Gegensatz zwischen dem ersten und zweiten Satze zum Vorschein kommt, ist diese Auffassung vorzuziehen. Hierbei entsteht noch die weitere Frage, ob der Honorirte auch an eine außergerichtliche Wahl gebunden sei. Donellus stellt dies entschieden in Abrede, indem er sich auf die Anfangsworte der Constitution: si quis agere ex testamento etc., auf die Fassung des dispositiven Theiles der Verordnung: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis etc. und endlich auf den Schlußsatz: ita ut sive bonorum possessionem .... petierit etc. beruft, wodurch der Honorirte erst zu einer bestimmten Erklärung aufgefordert werde, nachdem er bereits die bonorum possessio agnoscirt habe, so daß also letzteres ihm unmöglich präjudicirt haben könne. Noch weiter geht Mühlenbruch[1231]), indem er bei Gelegenheit des bekannten Städel'schen Processes behauptete, die Administratoren der Städel'schen Stiftung seien dadurch, daß sie Immission nachgesucht und erhalten und als Beklagte die directe Erbschaft für die Stiftung beansprucht hätten, nicht verhindert, später, bei etwaigem Verluste dieses ersten Processes, das

1230) Nach dem Theodosischen Codex: ex edicto Divi Hadriani, was im Justinianeischen Codex, da Justinian in L. 3. C. VI. 33. des edictum Divi Hadriani aufgehoben hat, weggelassen ist.

1231) Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (Halle 1813) S. 280, Nr. 2.

Städel'sche Vermögen als Universalfideicommiß von den Intestaterben einzuklagen, indem nach den Worten der Theodosischen Verordnung der Honorirte nur durch Erhebung der **Klage** gebunden sei und dies als ius singulare auf andere Fälle nicht übertragen werden dürfe. Gegen diese Ausführung von **Mühlenbruch** trat **Seuffert**[1232]) auf, indem er die Singularität der fraglichen Verordnung in Abrede stellte, und eine Abänderung der einmal getroffenen Wahl, ohne Rücksicht auf Proceß und Proceßlage, für unzulässig erklärte. Dieser letzteren Meinung ist beizupflichten, man möge die in der Constitution enthaltene Rechtsnorm für ein ius singulare halten oder nicht. Zwar redet der Kaiser in dem ersten Theile der Stelle bis zu den Worten: habeat potestatem nur von einer Klage des Honorirten; es sind aber die folgenden Worte: sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, so allgemein gefaßt, daß sie auf jede Wahl bezogen werden können, zumal sich kein vernünftiger Grund auffinden läßt, warum eine außergerichtliche Wahl der gerichtlichen nachstehen sollte. Daß diese Auslegung richtig sei, ergiebt sich auch aus dem im Theodosischen Codex befindlichen, in den Justinianeischen Codex nicht aufgenommenen Theile der Constitution: Sicut enim — aetatis iuvetur auxilio, indem bei den drei Analogieen, welche den Kaiser bei seiner Entscheidung leiteten, bei der querela inofficiosi testamenti, bei der bonorum possessio contra tabulas des Patrons und bei dem edictum de alterutro die außergerichtliche Wahl der gerichtlichen ganz gleichsteht[1233]). Der mögliche Einwand, daß der erwähnte Zusatz im Justinianeischen Codex fehle, und daß die ratio eines Gesetzes, welche uns auf anderem Wege, als durch die Justinianeischen Rechtsbücher, bekannt geworden sei, vom Richter nicht berücksichtigt werden dürfe, ist deshalb nicht erheblich, weil, wenn man auch diese letztere strenge Ansicht befolgen wollte, sie doch auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sein würde, weil auch ohne Kenntniß des Theodosischen Codex eigenes Nachdenken dazu führt, daß der Kaiser die vorliegenden beiden Fälle nach Analogie der alternativen Rechte habe beurtheilt wissen wollen. Bei allen alternativen Rechten ist aber in der Regel schon die außergerichtliche Wahl bindend. Auch ist die gemeine Meinung der Neueren für die außergerichtliche Wahl, insofern als nirgends die Wahl durch Klage, sondern nur ein Wahlrecht ganz im allgemeinen erwähnt wird[1234]). Eine weitere sich hieran knüpfende

---

1232) **Seuffert**, einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städel'schen Beerbungsfall (Würzburg 1828) S. 3 flg.

1233) Ueber die querela inofficiosi testamenti s. L. 5. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. 5. 2.; über die bonorum possessio contra tabulas des Patrons L. 6. §. 4. D. 38. 2. L. 20. D. 37. 14. vgl. mit L. 14. pr. D. 37. 4.; über das edictum de alterutro L. un. §. 3. C. V. 13.

1234) Die Schriftsteller, welche sich dafür erklären, führt an **Fein** a. a. O. S. 285, N. 90, dessen Ausführung hier zum Grunde liegt.

Frage ist die, ob nur eine mit klarer Einsicht in die thatsächlichen und juristischen Verhältnisse des einzelnen Falles verbundene oder ob eine auch im Irrthume vorgenommene Wahl als verbindlich angesehen werden könne und bezüglich angesehen werden müsse, z. B. wenn der Honorirte in der falschen Meinung, daß das Testament giltig sei, als directer Erbe angetreten hat, und später, nachdem er seinen Irrthum entdeckt hat, die Ansprüche aus dem Universalfideicommisse geltend machen will. Die Meinung von Donellus, welcher dem in einem factischen Irrthume befindlichen Honorirten hier ohne weiteres zu Hilfe kommen will, quia facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit[1235]), und ea, quae postea emergunt, auxilio indigent[1236]), indem die auf eine interrogatio in iure vom Befragten aus Irrthum ertheilte Antwort, daß er Erbe einer bestimmten Person sei, unverbindlich ist, wenn das Gegentheil aus später entdeckten Thatsachen hervorgeht, ist nicht zu billigen. Nach dieser Erklärung hätte der Kaiser offenbar nichts Neues bestimmt. Denn bei genauerer Erwägung der verschiedenen Fälle, welche bei einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente eintreten können, steht schon nach allgemeinen Grundsätzen fest, daß der Honorirte, der mit der Giltigkeit seiner Erbeinsetzung bekannt, doch sich für das Universalfideicommiß erklärt, dadurch stillschweigend die testamentarische Erbschaft ausschlage[1237]), und daß er dagegen als auf das Universalfideicommiß verzichtend anzusehen sei, wenn er, mit dessen Giltigkeit bekannt, dennoch die damit im Widerspruche stehenden Ansprüche als directer Erbe aus dem nichtigen Testamente geltend macht[1238]). Dagegen könnte in diesen Fällen, bei Annahme eines Irrthums des Honorirten, nach allgemeinen Grundsätzen von einem Verzichte keine Rede sein, weil der Honorirte dann den Willen zum Aufgeben von Rechten gar nicht hat, und er müßte deshalb nach entdecktem Irrthume das ihm wirklich deferirte Recht statt des irrthümlich erwählten in Anspruch nehmen können[1239]). Wollte daher der Kaiser etwas Neues bestimmen, so mußte er gerade in diesen Thatbestand eingreifen. Dann beschränkt sich der eigentliche Kern der Verordnung eben auf die Fälle, wo der Honorirte aus Irrthum statt des ihm wirklich deferirten Rechtes das nicht deferirte erwählt hat[1240]). Es kann die Verordnung vom gesetzgeberischen Standpunkte aus nicht

1235) L. 2. D. 22. 6.

1236) L. 11. §. 8. D. 11. 1.

1237) Vgl. L. 17. §. 1. D. 29. 2.

1238) Arg. L. 8. D. 5. 3. Siehe insbesondre Francke, im Archiv für civil. Praxis Bd. 19, S. 189 flg.

1239) Vgl. L. 17. pr. §. 1. D. 29. 2. L. 5. §. 1. L. 24. D. 34. 9.

1240) Ausdrücklich nur auf den Fall des Irrthums wird die Constitution bezogen von Francke a. a. O. S. 210 flg., während von den meisten Neueren der Inhalt der Constitution gerade so allgemein ausgedrückt wird, wie die Worte derselben lauten.

wohl gebilligt werden [1241]). In der Praxis hat man das Gesetz soviel wie möglich einschränkend auszulegen versucht. Die Ansicht des Donellus verdient nur in Einem Falle Billigung. Hat nämlich der Honorirte von der Beifügung der Codicillarclausel im Testamente, z. B. wegen Auslassung der die Clausel enthaltenden Stelle in der ihm mitgetheilten Abschrift des Testamentes aus Versehen, nichts gewußt und als directer Erbe angetreten, so steht ihm diese Antretung nicht im Wege, wenn er später die Richtigkeit des Testamentes entdeckt und sich noch an das Universalfideicommiß halten will. Die Antretung ist hier nicht als Ausübung des Wahlrechtes anzusehen, weil nach der Sachlage dem Honorirten nicht einmal die Möglichkeit, daß er noch auf einem anderen Wege zum Ziele gelangen könne, vorschweben konnte. Uebrigens ist in der Verordnung selbst eine nicht unwichtige Ausnahme zugelassen [1242]). Adscendenten und Descendenten nämlich, und zwar, wenn sie im Bande der Agnation mit dem Erblasser standen, bis zum vierten Grade, wenn im Cognitionsverhältnisse, bis zum dritten Grade einschließlich, sollen von der im Proömium der Verordnung enthaltenen Bestimmung nicht getroffen werden, weil es sich, wenn man die Verordnung auf sie ausdehnte, mehr um ein debita amittere, als um ein lucrum non capere handele. Auch diese Stelle der Constitution ist nicht genau gefaßt. Während einfach die Befreiung der Verwandten von der obigen Verfügung auszusprechen war, sanctionirt der Kaiser mit ausdrücklichen Worten nur den einen Fall, wenn der eingesetzte Erbe das directe Erbrecht erwählt hat und später zu dem Universalfideicommisse noch greifen will. Der umgekehrte Fall, wo nach vergeblich in Anspruch genommenem Fideicommisse das directe Erbrecht geltend gemacht wird, ist nicht berührt. Für die gleiche Behandlung auch dieses Falles paßt die oben angeführte ratio noch viel mehr, und deshalb ist die specielle Hervorhebung des einen Falles nur als eine ungenaue Fassung des oben ausgedrückten allgemeineren Gedankens zu betrachten. Das gedachte Vorzugsrecht der genannten Adscendenten und Descendenten nur dann zuzulassen, wenn ihnen im vorliegenden Falle ein Pflichttheilsrecht gegen den Erblasser zustand, weil der Kaiser als ratio seiner Verfügung die Worte beigefügt hat: Non enim par eademque ratio videtur amittere debita et lucra non capere, und weil unter diesem debitum auch in anderen Stellen der Pflichttheil verstanden wird [1243]), ist unzulässig. Der Kaiser betrachtet vielmehr auch das, was sich nicht pflichttheilsberechtigte Adscendenten und Descendenten gegenseitig unter den Lebenden oder Todes wegen schenken, als eine natürliche Schuld. Dies geht aus folgendem Umstande hervor. Es ist nämlich gerade der Fall hervorzuheben, wo der Honorirte, nachdem er seine Ansprüche auf die

1241) Vgl. Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 9, S. 154—156. Francke a. a. O. S. 210—243. Fein a. a. O. S. 287 flg.

1242) L. 8. §. 2. C. VI. 36.

1243) L. 10. pr. C. de adopt. VIII. 47. (48.) L. 7. §. 2. C. V. 70.

directe Erbfolge aus dem Testamente vergeblich geltend gemacht hat, sich auf die Codicillarclausel beruft. Der Kaiser hat ferner nur den Fall im Auge, wo das Testament durch die Codicillarclausel in ein Intestatcodicill verwandelt wird. Soll nun die Erbeinsetzung zu Gunsten der Honorirten als Universalfideicommiß aufrecht erhalten werden, so kann sich dies vorliegend nur auf diejenige Quote der Erbschaft beziehen, welche den Intestaterbtheil des Honorirten überschreitet, da er den letzteren schon als directer Erbe inne hat. So ist daher hier die Rücksicht auf den Pflichttheil offenbar nicht von Einfluß gewesen. Diese Auffassung erhält noch bedeutende Unterstützung durch eine andere Constitution von Theodosius II. und Valentinian III. von 422[1244]), in welcher den Adscendenten und Descendenten die Steuer von lucrativen Zuwendungen erlassen wird, und zwar aus dem Grunde: in tam enim necessariis sibi coniunctisque personis sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur. Hiernach ist auch die Frage zu bejahen, ob auch in Adoption gegebene Kinder und der unvollständig Adoptirte auf das fragliche Vorrecht Anspruch machen können. Da sie nämlich ein Intestaterbrecht gegen ihren natürlichen und bezüglich Adoptivvater haben, so sind sie mit den anderen Descendenten auf gleiche Linie zu stellen. Daß der Wortinhalt des §. 2 der L. 8. C. VI. 36. sich nur auf den zweiten, nicht auf den ersten im Proömium derselben regulirten Fall bezieht, ist kein Hinderniß, sie auf den ersten Fall anzuwenden, da auch in diesem Adscendenten und Descendenten dieselbe Berücksichtigung verdienen, wie in dem zweiten, und ein vernünftiger Grund eines Unterschiedes sich nicht einsehen läßt. Die praktische Giltigkeit des erwähnten Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten läßt sich, obwohl Manche daran zweifeln[1245]), mit Grund nicht in Abrede stellen. Denn wenn auch die gedachte Verfügung wohl dadurch mit veranlaßt worden ist, daß damals die Agnaten bei der Erbfolge noch vielfache Begünstigung vor den Cognaten genossen, so ist doch das fragliche Vorrecht keine logische Folgerung aus einem obersten Grundsatze, und namentlich nicht Folge eines damals zwischen den descendentischen und adscendentischen Agnaten und Cognaten etwa bestehenden Unterschiedes bei der Intestaterbfolge. Es hat daher die Aenderung des Intestaterbrechtes durch Novelle 118 mit unserer Constitution nichts zu schaffen und nirgends ist in der Justinianeischen Gesetzgebung ausgesprochen, daß alle Unterschiede zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben sein sollten. Daher erklären sich die Meisten auch noch für die praktische Geltung dieses Unterschiedes in dieser Lehre[1246]).

3) Einzelne Anwendungsfälle der Codicillarclau-

1244) L. un. C. de imponenda lucrativis descriptione (X. 35. in anderen Ausgaben 36).

1245) Sintenis, Civilrecht §. 208, Anm. 13, Bd. 3, S. 710.

1246) Buchholtz, jurist. Abhandl. (Königsberg 1833) S. 97—99. Fein a. a. O. S. 296.

sel[1247]). Im allgemeinen läßt sich die Regel aufstellen, daß das Testament in allen denjenigen Fällen der Nichtigkeit aufrecht zu erhalten ist, in welchen es zu Recht bestehen würde, wenn es gleich von Anfang an als Codicill vom Erblasser gedacht und errichtet worden wäre. Es kommen aber dabei theils in der Natur der Sache liegende, theils durch positive Vorschriften geschaffene Modificationen vor; es sind auch über manche Fälle mehr oder minder bedeutende Streitfragen entstanden, und deshalb sind die einzelnen Nichtigkeitsgründe durchzugehen, wobei die Reihenfolge beobachtet wird, in welcher oben die einzelnen Nichtigkeitsgründe dargestellt worden sind. Es ist hiernach folgendermaßen zu unterscheiden. a) Das Testament ist wegen gleich anfangs vorhandener Mängel nicht rechtsbeständig, und zwar aa) wegen subjectiver Mängel, d. h. wegen Mangels der sog. activen Testamentifaction bei dem Erblasser oder der passiven bei dem eingesetzten Erben. Hier ist die Codicillarclausel ohne Wirkung, weil auch zur Errichtung eines Codicilles Testirfähigkeit vorausgesetzt wird, und nur derjenige, welcher die passive Testamentifaction hat, mit einem Universalfideicommisse oder mit Singularfideicommissen bedacht werden kann. bb) Der Mangel des Testamentes liegt in der Beschaffenheit der Willenserklärung. α) Mangelt hier die Freiheit und bezüglich Selbstständigkeit des Willensschlusses oder der deutliche vollständige Ausdruck und bezüglich die Vollständigkeit der Willenserklärung, so ist die Codicillarclausel unwirksam, weil dieses Mängel sind, welche jede Willenserklärung, ohne Rücksicht auf die dafür gewählte Form, treffen. β) Ist dagegen bei sonst vollendeter Willenserklärung ein Mangel der äußeren Form vorhanden, so wird das Testament als Codicill erhalten, wenn es wenigstens die Codicillarform hat. Im classischen Rechte war dies sehr wichtig, weil die Codicille damals einfache schriftliche Willenserklärungen waren. Nach dem neueren Rechte genügt dies bekanntlich nicht mehr und daher sind alle hierauf bezügliche Stellen der Digesten und des Codex in ihrem ursprünglichen Sinne nicht mehr anwendbar. Die Codicillarclausel kann vielmehr in dieser Beziehung nur noch einen Mangel in der Zahl der Zeugen und nach einer sehr gewöhnlichen Ansicht auch den Mangel der Siegel der Zeugen bei einem schriftlichen Codicille ersetzen. Wenn man, wie so häufig, namentlich von älteren Juristen geschehen ist, noch andere formelle Unterschiede zwischen Testament und Codicill annimmt, z. B. daß auch Frauen fähige Codicillarzeugen seien oder daß die Rogation der Zeugen nicht nothwendig sei, so ist der Wirkungskreis der Codicillarclausel in Bezug auf die Form des letzten Willens ein viel größerer. γ) Ist das Testament dadurch unvollständig, daß es an aller Erbeinsetzung fehlt, so ist die Codicillarclausel hinsichtlich der sonstigen Bestimmungen des Testamen-

---

1247) Siehe die Literatur darüber bei Fein a. a. O. S. 296, N. 18 und vorzüglich diesen selbst S. 296 flg.

tes, soweit sie durch Codicille realisirt werden können, wirksam. cc) Die Mängel des Inhaltes, z. B. wenn der Inhalt unausführbar ist, sind der Natur der Sache nach durch Verwandelung des Testamentes in ein Codicill nicht zu beseitigen. b) Das Testament ist giltig errichtet, wird aber später ungiltig, entweder irritum oder ruptum oder destitutum. aa) Wird das Testament irritum, so kann die Codicillarclausel keine Wirkung haben, weil es sich dabei um eine für die Vergangenheit wirkende Folge des Verlustes der Testirfähigkeit handelt, alles hinsichtlich der Testirfähigkeit Verordnete sich gleichmäßig auf Testamente wie auf Codicille bezieht. Wenn sich freilich die Umstände so verändern, daß das testamentum irritum factum durch eine bonorum possessio secundum tabulas zu Kräften kommen könnte, so ist allerdings der Codicillarclausel eintretenden Falles, insofern der Wirksamkeit des Testamentes ein anderer und zwar ein solcher Grund, welcher die Anwendung dieser Clausel nicht ausschließt, entgegensteht, ihre gewöhnliche Wirkung nicht zu versagen. bb) Das Testament wird ruptum entweder durch Agnation eines Postumus oder durch ein neues Testament, bezüglich Verbal- und Realrevocation. Wir bleiben hier bei dem zweiten Falle stehen, da der erste später besonders zu betrachten sein wird. Hat der Erblasser zwei Testamente errichtet, dem ersten die Codicillarclausel beigefügt, in dem zweiten aber sich nicht darüber erklärt, ob das frühere als Codicill gelten soll oder nicht, so wird zwar das frühere Testament durch das spätere rumpirt; es entsteht aber dabei die Streitfrage, ob das erste Testament, vermöge der darin enthaltenen Codicillarclausel, als testamentarisches Codicill neben dem zweiten Testamente in das Leben tritt oder nicht. Die Meisten verneinen die Frage [1248]); Andere bejahen sie nicht ohne Schein, weil der vorliegende Fall unter die allgemein lautenden Worte der dem ersten Testamente beigefügten Codicillarclausel subsumirt werden müsse [1249]). Man darf sich dagegen nicht darauf berufen, daß durch ein neues Testament das alte mit allen darin enthaltenen Bestimmungen, folglich auch mit der Codicillarclausel, aufgehoben werde. Die Aufhebung kann nämlich der Natur der Sache nach nur von den testamentarischen Bestimmungen gelten, welche gerade für den Eintritt der durch das neue Testament beseitigten testamentarischen Erbfolge aus dem alten Testamente bestimmt waren. Das neue Testament kann aber nicht durch bloßes Dasein eine Bestimmung beseitigen, welche, wenn man sich an den allgemeinen Wortlaut hält, auch mit für den Eintritt dieser neueren testamentarischen Erbfolge bestimmt ist. Es ist also ein anderer Weg der Argumentation einzuschlagen. Dies geschieht, sobald man vermöge einer einschränkenden Auslegung der allgemein lautenden Worte der Codicillarclausel annimmt, daß der Erblasser von Anfang an nicht

---

1248) Siehe die Citate bei Fein a. a. O. S. 305, N. 35.

1249) Schriftsteller, welche dieser Meinung sind, führt an Fein a. a. O. N. 36.

beabsichtigt habe, die Clausel auch für diesen Fall wirken lassen zu wollen. Es läßt sich nämlich mit Sicherheit annehmen, daß der Erblasser durch Beifügung der Clausel das Testament nur gegen solche Umstände habe schützen wollen, welche dasselbe unabhängig von seinem Willen vernichten. Dagegen läßt sich nicht wohl denken, daß er das Testament im voraus gegen seine eigenen späteren Handlungen habe in Schutz nehmen wollen; dieser Schutz wäre aber auch durchaus überflüssig, da der Erblasser ja jederzeit das ältere rumpirte Testament durch eine gehörige Erklärung, im neuen Testamente oder außerhalb desselben in ein Codicill verwandeln kann[1250]. Das bisher von der Ruption eines älteren Testamentes durch ein jüngeres Bemerkte muß begreiflicher Weise in demselben Maße gelten, wenn das alte Testament blos durch einfachen, in gehöriger Form erklärten Widerruf aufgehoben wird, und ebenso ist consequenter Weise für die Realrevocation durch Zerstören, Durchstreichen u. s. w. als Grundsatz aufzustellen, daß die durch Realrevocation beseitigten Bestimmungen auch nicht als Codicillarverfügungen gelten können. cc) Das Testament wird destitutum. Hier steht der Wirksamkeit der Codicillarclausel nach allgemeinen Gründen kein Hinderniß entgegen. Es wird dies in verschiedenen Stellen ausgesprochen[1251]. Bei dieser Wirksamkeit der Codicillarclausel im Falle eines destituirten Testamentes versteht es sich von selbst, daß, wenn die eingesetzten Erben nicht antreten können, z. B. weil sie gestorben sind oder die Erbfähigkeit verloren haben, eine Umwandelung der Erbeinsetzungen in Universalfideicommisse nicht stattfinden kann; daß aber die eingesetzten Erben, wenn sie die Erbschaft nur ausschlagen, ihren Erbtheil immer noch im Wege des Universalfideicommisses fordern können[1252]. — Ueber die Kraft der Codicillarclausel bei Verletzung der Noth- erben- oder Pflichttheilsrechte giebt es manche Streitfragen[1253]. Es muß hier das Recht vor und nach der Novelle 115 unterschieden werden. a) In dem Rechtszustande vor der Novelle 115 sind aa) Folgen des verletzten Notherbenrechtes nach dem Civilrechte Nichtigkeit, Anwachsungsrecht oder Ruption, nach dem prätorischen Rechte die bonorum possessio contra tabulas. Für alle diese Fälle läßt es sich genau nachweisen, wie es mit der Codicillarclausel gehalten worden sei. α) Nichtigkeit trat nach der Ansicht der Sabinianer ein, wenn der Erblasser seinen filius suus präterirt oder, was diesem gleichstand, nicht rite

1250) Vgl. Fein a. a. O. S. 305 flg.

1251) Vgl. L. 6. pr. D. 29. 4. L. 14. C. VI. 42. L. 1. C. VII. 4. Ueber beide letztere Stellen s. Fein a. a. O. S. 309—314.

1252) Ueber neuerlich aufgestellte Zweifel gegen die Wirksamkeit der Clausel bei destituirten Testamenten in Elvers allgem. jurist. Zeitung von 1830 Nr. 59, S. 235 flg. und deren Widerlegung vgl. Fein a. a. O. S. 316—322.

1253) Die Literatur darüber siehe bei Fein a. a. O. S. 322, N. 69. Berührt hat diese Streitfragen Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 35, S. 364 —373. Bd. 37, S. 368—373; umständlicher erörtert hat sie Fein a. a. O. Bd. 45, S. 322—364.

instituirt oder enterbt hatte, während nach der Ansicht der Proculianer hier nur Ruption eintrat, wenn der präterirte Sohn den Erblasser überlebte [1254]). Justinian schloß sich der Ansicht der Sabinianer an [1255]) und dehnte die Nichtigkeit sogar auf alle Fälle aus, wo ein zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vorhandener Notherbe präterirt war [1256]). Auf diesen Fall der Nichtigkeit bezieht sich eine Stelle des zu den Sabinianern gehörenden Gajus [1257]), wonach einem präterirten Sohne, für den Fall, daß er Intestaterbe des Erblassers werden sollte, kein Fideicommiß auferlegt werden kann. Kann dies nicht ausdrücklich geschehen, so ist es natürlich auch nicht durch Beifügung der Codicillarclausel möglich. Zur Auffindung des Grundes dieses Rechtssatzes dient eine Constitution Justinian's [1258]), aus welcher sich ergiebt, daß β) auch bei der bonorum possessio contra tabulas derjenige, welchem dieselbe zustand, nicht mit Fideicommissen belastet werden durfte. Dies ist am Schlusse der Constitution auch auf alle übrigen Notherben ausgedehnt (in aliis personis, quas exheredari necesse est). Es ist aber nur das Fideicommiß für nichtig erklärt, womit der präterirte Sohn selbst belastet ist. Es ist daher auch die einem solchen Testamente beigefügte Codicillarclausel, aber nur insoweit, unwirksam, während dagegen die sonstigen Erben, welche entweder kein Notherben- oder Pflichttheilsrecht haben oder welche der Erblasser in dieser Beziehung nicht verletzt hat, allerdings an die Clausel gebunden sind. γ) Ein eigenthümliches Accrescenzrecht, als Folge der Präterition, fand bekanntlich bei der Tochter und den Descendenten des zweiten und der folgenden Grade statt, indem das Testament theilweise bestehen blieb, und die präterirten Notherben den eingesetzten Erben accrescirten [1259]). Aus der L. 4. C. VI. 28., einer Constitution Justinian's, ergiebt sich, daß diese Klasse der Notherben die ihnen im Testamente auferlegten Lasten, versteht sich, unbeschadet des Pflichttheiles, erfüllen mußte; es geschah dies aber in jedem Falle kraft Rechtsvorschrift, nicht erst infolge einer etwa beigefügten Codicillarclausel. Dieser Zustand änderte sich freilich durch die vorhin erwähnte Constitution (L. 31. C. VI. 42.); es dauerte diese Aenderung aber nicht lange, da Justinian sehr bald in der gedachten L. 4. dieses ganze Accrescrenzrecht aufhob, und diese Klasse der Notherben dem filius suus ganz gleichsetzte. δ) Auch über die Ruption haben wir einen Ausspruch Ulpian's über die Fideicommisse [1260]),

---

1254) Gai. Inst. Comm. II. §. 123. Vgl. Ulpian. Fragm. Tit. XXII. §. 16.

1255) Pr. Inst. II. 13. L. 4. C. VI. 28.

1256) L. 4. §. 1. C. VI. 28.

1257) L. 2. D. 32.

1258) L. 31. C. VI. 42. eine der 50 Decisionen. Vgl. über diese Stelle Fein a. a. O. S. 325—331.

1259) Gai. Inst. Comm. II. §. 124. Ulpian. Fragm. Tit. XXII. §. 17. Paul. Sent. Lib. III. Tit. IV. B. §. 8. L. 4. C. VI. 28.

1260) L. 24. §. 11. D. 40. 5.

wonach aus einem durch agnatio postumi rumpirten Testamente weder directae, noch fideicommissariae libertates zuſtanden, wenn ſolche nicht auch den Inteſtaterben auferlegt waren[1261]). Dieſe Stelle laſſe ſich mit dem Juſtinianeiſchen Rechte vollſtändig in Harmonie bringen, ſobald man davon ausgeht, daß die postuma in dem von Ulpian behandelten Falle nicht die einzige Inteſtaterbin war. Dann konnten nämlich nach dem unter β) Bemerkten ihre Miterben giltig belaſtet werden, wenn auch die postuma ſelbſt ihren Inteſtaterbtheil frei von allen Laſten erhalten mußte. Bei einer letztwilligen Liberalität, deren Gegenſtand ein theilbares Recht bildete, wäre dann theilweiſe Giltigkeit und theilweiſe Ungiltigkeit eingetreten. Es handelt ſich hier aber um die Freiheit, etwas Untheilbares. Für deren gänzliche Aufrechterhaltung ſprach der favor libertatis. Zur Realiſirung deſſen iſt ein doppelter Weg möglich: entweder müſſen alle Erben, einſchließlich der postuma, die Freiheit präſtiren oder nur die Miterben der postuma ſind dazu verbunden, d. h. ſie müſſen derſelben ihren Antheil an dem Sclaven abkaufen und dann den ihnen nun allein gehörigen Sclaven freilaſſen. Beide Wege finden ſich in einem ganz ähnlichen Falle eingeſchlagen[1262]). bb) Das Pflichttheilsrecht anlangend, ſo bezieht ſich darauf im älteren Rechte die unter dem Namen querela inofficiosi testamenti bekannte Klage, welche auf dem fictus color insaniae beruht[1263]). Wer mit dieſer Klage obſiegt, hat ſich ſeinen Inteſtaterbtheil rechtsgiltig durch die Fiction des Wahnſinnes des Erblaſſers erſtritten. Vermöge dieſer Fiction iſt er natürlich auch nicht zur Erfüllung der ihm namentlich oder vermöge der Codicillarclauſel auferlegten Laſten verbunden; denn ein furiosus kann auch kein Codicill errichten[1264]). So weit daher Reſciſſion des Teſtamentes durch die querela inofficiosi testamenti erfolgt, ſo weit iſt die Codicillarclauſel unwirkſam[1265]); bei nur partieller Reſciſſion des Teſtamentes erhält

1261) Vgl. über dieſe Stelle Fein a. a. O. S. 334—338.

1262) L. 11. 12. 13. D. 29. 7.

1263) L. 2. 5. D. 5. 2. pr. Inst. II. 18.

1264) L. 5. C. VI. 36. Dagegen iſt Mühlenbruch Fortſ. von Glück Bd. 35, S. 364—373 der Anſicht, daß aus dem color insaniae hier nichts zu folgern ſei, weil dieſe Fiction nicht überall conſequent durchgeführt ſei, indem das Teſtament in vielen Fällen ja doch nur theilweiſe reſcindirt werde. Hauptſächlich ſtehen dieſer Anſicht aber außer der Auctorität von Claudius und Paulus in L. 36. D. 32. L. 13. D. 5. 2. die Grundſätze von der Rechtskraft entgegen. Denn der eingeſetzte Erbe, welcher mit der querela inofficiosi testamenti vermöge der Fiction des Wahnſinnes des Erblaſſers beſiegt iſt, konnte ſich ſchon nach älterem Rechte deshalb nicht auf die Codicillarclauſel berufen, weil er damit den entgegengeſetzten Anſpruch, daß der Erblaſſer nicht wahnſinnig geweſen ſei, verlangen würde, und die Vermächtnißnehmer ſind regelmäßig an den zwiſchen den Erbſchaftsprätendenten geführten Proceß gebunden, ſo daß auch ihnen der rechtskräftige Ausſpruch der Fiction des Wahnſinnes des Erblaſſers entgegenſteht. Vgl. L. 50. §. 1. D. 30. L. 14. D. 49. 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. 5. 2. S. Fein a. a. O. S. 338 flg., N. 1.

1265) L. 13. D. 5. 2. L. 36. D. 32. Wenn auch die Vergleichung beider Stellen unter einander zu ergeben ſcheint, daß Scävola die Codicillarclauſel

der Querulant seinen gesetzlichen Erbtheil zwar frei von Lasten; allein soweit das Testament bestehen bleibt, sind natürlich auch die testamentarischen Auflagen zu erfüllen. Zwar ist von Vangerow[1266]) die erwähnte Unwirksamkeit der Codicillarclausel, wenn er sie auch nach dem Pandektenrechte zugiebt, doch nach dem Rechte des Codex bezweifelt worden; denn nach dem Pandektenrechte seien Intestatcodicille wegen Verletzung des Pflichttheiles vollständig rescindirt worden, weil Intestatcodicille bekanntlich so aufzufassen seien, wie wenn der Erblasser seine Intestaterben gleichsam zu Erben eingesetzt hätte; Testamente aber, in welchen die Pflichttheilsberechtigten zwar eingesetzt, der Pflichttheil aber verletzt sei, vollständig unwirksam gewesen seien. Infolge der L. 30. und 32. C. III. 28. sei die Giltigkeit solcher Codicille, und daß sich die Vermächtnißnehmer nur den zur Ergänzung des Pflichttheiles der Pflichttheilsberechtigten nöthigen Abzug hätten gefallen lassen müssen, nicht zu bezweifeln[1267]). Wenn hiernach Intestatcodicille ungeachtet der Verletzung des Pflichttheiles giltig seien, so müsse dasselbe auch eintreten, wenn die in einem inofficiösen Testamente eingesetzten Erben sich für die Anwendung der Codicillarclausel entschieden und dadurch das Testament in ein Intestatcodicill umgewandelt hätten. Dagegen ist folgendes zu erinnern[1268]). Erstens ist die Behauptung, daß ein Testament, in welchem die Pflichttheilsberechtigten zwar eingesetzt, der Pflichttheil aber durch Vermächtnisse verletzt war, vollständig unwirksam gewesen sei, in dieser Allgemeinheit unhaltbar. Es ist dabei übersehen, daß die querela inofficiosi testamenti durchaus subsidiär ist[1269]), und daher nur in dem Falle stattfinden kann, wo der Pflichttheilsberechte nicht schon durch die quarta Falcidia geschützt ist. Wenn daher der testamentarische Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten so groß war, daß der vierte Theil derselben den Pflichttheil überstieg oder demselben wenigstens gleichkam, so konnte der Pflichttheilsberechtigte das Testament mit der Querel gar nicht anfechten[1270]). Zweitens folgt hieraus, daß die Behauptung unrichtig ist, daß Intestatcodicille wegen der durch Fideicommisse bewirkten Verletzung des Pflichttheiles vollständig rescindirt worden seien. Denn der pflichttheilsberechtigte Intestaterbe hat durch die quarta Falcidia nach dem

---

für giltig gehalten habe, so erklärten sich doch seine beiden Commentatoren Claudius und Paulus gegen die Wirksamkeit der Codicillarclausel und deren Ausspruch ist für die Justinianeische Gesetzgebung maßgebend.

1266) Vangerow, Leitfaden Bd. 2, §. 527, Anm. 2, S. 458 flg., 3. Aufl. Dessen Meinung theilt auch Arndts in dem Artikel Pflichttheils- und Notherbenrecht Bd. VIII, S. 154.

1267) Fein a. a. O. S. 341, N. 5 bemerkt mit Recht, daß L. 30. C. III. 28. gar nicht hierher gehöre, da bei Intestaterben, deren gesetzlicher Erbtheil mehr beträgt als der Pflichttheil, sich eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles nicht denken lasse.

1268) Vgl. Fein a. a. O. S. 342 flg.

1269) §. 2. Inst. II. 18. L. 28. D. 5. 2. L. 4. C. VI. 28.

1270) Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 5. §. 5. L. 8. §. 9. D. 5. 2.

Pandektenrechte vollständigen Schutz, indem er durch dieselbe den vierten Theil seines gesetzlichen Erbtheiles erhält und dieser gerade seinen Pflichttheil ausmacht. Drittens steht im Widerspruche mit den Quellen die Behauptung, daß die Unwirksamkeit der Codicillarclausel rücksichtlich des durch die querela inofficiosi testamenti rescindirten Erbtheiles darauf beruhe, daß auch Intestatcodicille wegen Verletzung des Pflichttheiles vollständig rescindirt worden seien. Der Grund der Unwirksamkeit liegt vielmehr in der Fiction des Wahnsinnes des Erblassers. Die Unrichtigkeit der Prämissen ergiebt viertens die Unrichtigkeit der daraus von Vangerow gezogenen Folgerungen. Die partielle Giltigkeit des Intestatcodicilles, ungeachtet der Verletzung des Pflichttheiles, beruht nicht erst auf L. 32. C. III. 28. Sie hat vielmehr schon im älteren Rechte bestanden, und zwar neben dem Grundsatze, daß das durch die Querel rescindirte pflichtwidrige, mit der Codicillarclausel versehene Testament, soweit es rescindirt ist, auch nicht als Codicill erhalten wird. So muß sie daher auch nach dem Rechte des Codex noch fortbestehen. Nur in dem Falle hat Vangerow Recht, wenn der in einem pflichtwidrigen Testamente eingesetzte Erbe sich für die Anwendung der Codicillarclausel entscheidet und dadurch das Testament in ein Intestatcodicill umgewandelt hat; hier muß dieses Testament allerdings als Intestatcodicill aufrecht erhalten werden. Denn die eingesetzten Erben schlagen auf diese Weise die testamentarische Erbschaft aus. Die Intestaterben können das dadurch destituirte Testament nicht mehr mit der Querel anfechten, weil dieselbe erst mit Antritt der Erbschaft gegen die Erben angestellt werden kann[1271]). Hiernach tritt die Fiction des Wahnsinnes des Erblassers überall nicht ein, und kann daher auch nicht auf die Codicillarclausel vernichtend einwirken; das Testament ist vielmehr, wie jedes andere destituirte Testament, als Intestatcodicill zu behandeln. Wenn hingegen das Testament wirklich durch die querela inofficiosi testamenti rescindirt wurde, so konnte der eingesetzte Erbe schon vermöge des bereits erwähnten Verbotes des Wahlrechtes nicht auf die Codicillarclausel zurückgehen und seinen Erbtheil als Universalfideicommiß verlangen, weil er als directer Erbe aufgetreten war, und dadurch sein Wahlrecht ausgeübt hatte. b) Was das Notherben- und Pflichttheilsrecht seit der Novelle 115 anlangt, so ist aa) in Ansehung der Geschwister keine Aenderung eingetreten, da ihr Pflichttheilsrecht von dieser Novelle gar nicht berührt wird. Es ist daher das unter a. bb. über die querela inofficiosi testamenti Vorgetragene auf die Geschwister eintretenden Falles zur Anwendung zu bringen, was auch die übereinstimmende Ansicht der Juristen ist. bb) In Bezug auf Descendenten und Ascendenten hingegen hängt die Beantwortung der vorliegenden Streitfrage genau mit dem System zusammen, welches man hinsichtlich des Notherbenrechtes befolgt, namentlich mit den Rechtsmitteln, welche man als

1271) L. 8. §. 10. D. 5. 2. L. 36. C. III. 28.

Folgen der Verletzung des Notherbenrechtes ansieht. Nimmt man das sog. Derogationssystem an, so ist zuvörderst nicht zu übersehen, daß nach der Novelle 115 alle Bestimmungen des Testamentes, außer der Erbeinsetzung, schon kraft Rechtsvorschrift bei Kräften bleiben. Der Streit über die Wirkung der Codicillarclausel kann sich daher nur auf die Erbeinsetzungen beziehen. Da nun nach dem Obigen anzunehmen ist, daß diejenigen von den jetzt eintretenden Intestaterben, welche kein Notherbenrecht hatten oder deren Notherbenrecht nicht verletzt ist, an die Codicillarclausel gebunden sind, so beschränkt sich der ganze Streitpunkt auf die Frage, ob der verletzte Notherbe infolge dieser Clausel verpflichtet sei, seinen Intestaterbtheil als Universalfideicommiß, nach Abzug des Pflichttheiles, bezüglich der sog: Trebellianischen Quart, an die in dem fraglichen Testamente eingesetzten Erben zu restituiren? Die Novelle giebt darüber unmittelbar keinen Aufschluß. Wenn aber Justinian in L. 31. C. VI. 42. den präterirten und sonst auch nicht bedachten Notherben von der Verpflichtung zur Leistung der ihm auferlegten Fideicommisse entbindet, weil der Sohn iniuria affectus und es unbillig sei, den iniuria affectus für den Fall des Eintrittes der Intestaterbfolge zu oneriren, so ist dieser Grund nach der Novelle 115 noch ebensogut vorhanden wie vorher und muß sogar jetzt, wegen des auch den Adscendenten gewährten Notherbenrechtes, eine erweiterte Anwendung finden[1272]). Hinsichtlich der Wirkung der Codicillarclausel je nach den anderen Systemen über das Notherbenrecht kann füglich auf die ausführliche Erörterung von Fein verwiesen werden[1273]).

F. Eröffnung und Ausführung der Testamente und von Testamentsvollstreckern[1274]). 1) Eröffnung und Publication der Testamente. Die Vorschrift der Lex Papia Poppaea, daß die Erbschaft nicht vor eröffnetem Testamente angetreten werden solle, erklärt die Stellung des prätorischen Edictes über Eröffnung, Inspection und Abschriftsnahme der Testamente in den Digesten unmittelbar nach dem Titel de acquirenda vel omittenda hereditate. Die nächste Veranlassung dieses Edictes lag wohl in der Lex Iulia vicesimaria unter Augustus, nach welcher von allen testamentarischen Zuwendungen an andere Personen als nahe Verwandte 5 Procent an das Aerarium fielen. Alle hierauf bezüglichen Bestimmungen setzen ein schriftliches Testament voraus. Um zur Eröffnung des Testamentes schreiten zu können, muß vor allen Dingen der Tod des Erblassers gewiß sein[1275]). Dann soll derjenige, in dessen Händen sich das Testament

1272) Fein a. a. O. S. 346—348.

1273) Vgl. Fein a. a. O. S. 348—360.

1274) Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 43, S. 368—448. Quellen der Lehre sind zum Theil Dig. Lib. XXIX. Tit. 3. Cod. Lib. VI. Tit. 32. Manches über die Eröffnung und Publication der Testamente im römischen Rechte Bestimmte findet sich im Artikel Interdicte Bd. V, S. 577 flg.

1275) L. 2. §. 4. D. 29. 3.

befindet, dasselbe sofort der zuständigen Behörde zum Zwecke der förmlichen Eröffnung und Publication überliefern. Nach der gedachten Lex Iulia vicesimaria soll die Eröffnung binnen drei oder fünf Tagen erfolgen[1276]), und zwar regelmäßig unter Zuziehung der Testamentszeugen oder doch der Mehrheit derselben. Nachdem diese die Siegel, mit welchen das Testament verschlossen ist, und die dabei befindlichen superscriptiones anerkannt haben, erfolgt die Eröffnung und Vorlesung (recitatio), was wir jetzt Publication nennen, worauf eine Abschrift des Testamentes zugesichert, über die ganze Verhandlung ein Protocoll aufgenommen, das Testament aber mit dem öffentlichen Siegel wiederum verschlossen und in das Archiv gebracht wird[1277]). Abwesenden Zeugen soll das Testament behufs der Anerkennung der Siegel zugesendet werden; sind alle abwesend und ist die Zusendung unthunlich, so sind andere Männer von erprobter Rechtlichkeit zuzuziehen und nach der Eröffnung ist das Testament wieder zu versiegeln, welches dann noch den abwesenden Zeugen zur Anerkennung ihrer Siegel zugesendet wird[1278]). Die übrigen hierher gehörigen Bestimmungen des römischen Rechtes können hier übergangen werden, da bereits in dem in Note 1274 angeführten Artikel davon gehandelt worden ist. Heutzutage ist gerichtliche oder öffentliche Publication der Testamente gemeinrechtlich kein nothwendiges Erforderniß. Sie erfolgt indessen: a) wenn der Testator es angeordnet hat, b) bei gerichtlich aufgenommenen Testamenten; ist ein Privattestament gerichtlich deponirt, so kann der Inhaber des Depositenscheins es zurückfordern, wenn nicht sonstige Gründe zu einer gerichtlichen Publication eintreten; c) wenn die Betheiligten, namentlich Intestaterben, darauf antragen. Auch diejenigen, welche Grund haben anzunehmen, daß sie im Testamente bedacht sind, können darauf antragen sowie der Inhaber des Depositenscheins und der Testamentsvollstrecker. d) Bisweilen kann der Richter von Amtswegen die Publication eines nicht gerichtlich aufgenommenen Testamentes (was sich etwa bei der Versiegelung oder Inventur des Nachlasses vorfindet oder von dessen Dasein das Gericht sonst Kunde erhält) verfügen, besonders dann, wenn dies zur Wahrung des Interesse dritter Personen, z. B. entfernter Intestaterben, erforderlich erscheint. e) Eine gerichtliche Publication wird auch dann nöthig, wenn Gründe vorhanden sind, welche den Verdacht eines Betruges oder einer Fälschung begründen. In anderen Fällen genügt eine außergerichtliche Eröffnung selbst bei einem im Auslande errichteten Testamente, wenn es nicht etwa erst lange nach dem Tode des Erblassers zum Vorschein kommt, weil dann allerdings ein Grund zu dem erwähnten Verdachte vorhanden ist. Auch bei der außergerichtlichen Eröffnung muß der Act gehörig beglaubigt sein. Was die Art und Weise der gerichtlichen Eröffnung anlangt, so wird hierbei noch die

1276) Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 6. §. 3.

1277) Paul. Sent. l. c. §. 1. 2. L. 18. C. VI. 23.

1278) L. 7. D. 29. 3.

förmliche (apertura testamenti solennis) und die weniger förmliche (ap. test. minus solennis) unterschieden und unter der ersteren diejenige verstanden, welche mit einer causae cognitio verbunden ist, d. h. mit Feststellung der Echtheit durch die Testamentszeugen oder andere Beweismittel. Regelmäßig kommt diese förmliche Eröffnung nicht vor, sondern nur, wenn es nöthig wird das Dasein und die Echtheit des Testamentes zu beweisen; alsdann sind die Testamentszeugen mit vorzuladen, und es ist den erwähnten Bestimmungen des römischen Rechtes nachzugehen. Bei jeder gerichtlichen Publication, einschließlich der minder förmlichen, sind aber die bekannten und am Orte anwesenden Interessenten vorzuladen. Eine Edictalladung erfolgt nur auf Antrag oder wenn dem Gerichte Niemand bekannt ist, welcher die Eröffnung nachsuchen könnte, oder wenn die gerichtliche Publication zur Wahrung der Rechte auswärtiger Interessenten verfügt wird. Den im Termin nicht Erschienenen wird vom Gerichte ein Stellvertreter bestellt, dann das Testament lediglich zur Anerkennung der Unverletztheit der Siegel vorgewiesen, hierauf eröffnet, vollständig vorgelesen, denen, welche es verlangen, ein Abschrift zugesichert und über die ganze Verhandlung ein Protocoll aufgenommen. Nach erfolgter Eröffnung werden die Abwesenden, welche im Testamente bedacht sind, davon in Kenntniß gesetzt, und zwar auf Kosten der Erbmasse, aus welcher überhaupt die Kosten der Eröffnung zu bestreiten sind. Die Eröffnung eines wechselseitigen Testamentes erfolgt schon nach dem Tode eines der Testatoren, wenn nicht dieselben das Gegentheil verfügt haben. Mehrere Testamente desselben Erblassers werden sämmtlich eröffnet; nur dann kann es bei der Eröffnung des letzten bewenden, wenn dessen Inhalt bestimmt ergiebt, daß es das allein geltende sein sollte. Nicht schlechterdings ist erforderlich, daß die Publication von dem zuständigen Gerichte des Erblassers ausgehe. Ein bei dem persönlich nicht zuständigen Gerichte errichtetes oder niedergelegtes Testament wird regelmäßig von diesem eröffnet, und dann das Originaltestament, nach Zurückbehaltung einer Abschrift, nebst dem Publicationsprotocolle der zuständigen Behörde des Erblassers mitgetheilt. Wo aber eine causae cognitio in dem oben angegebenen Sinne erforderlich ist, kann diese natürlich nur von dem zuständigen Gerichte ausgehen. Eine bestimmte Zeit, binnen welcher die Eröffnung vorzunehmen ist, kennt die gemeinrechtliche Praxis nicht; anders ist es bisweilen nach Partikularrechten.

2) Recht der Interessenten auf Auslieferung, Einsicht und Abschriftsnahme des Testamentes. Wenn der Inhaber des Testamentes dessen Auslieferung verweigert, so kann er gerichtlich dazu gezwungen werden, was zu beantragen alle Erbschaftsinteressenten, wie Erben, Substituten, Vermächtnißnehmer, befugt sind [1279]). Auf ihren Antrag ergeht ein Befehl zur Auslieferung; stellt

1279) L. 3. §. 10. 17. D. 43. 5. L. un. C. VIII. 7.

aber der Gegner den Besitz in Abrede oder bringt sonstige, einer genaueren Erörterung bedürftige, Einwände vor, so ist förmliche Klage zu erheben, zu welchem Behuf ein eigenthümliches Rechtsmittel, das interdictum de tabulis exhibendis, angeordnet ist [1280]).

3) Von Testamentsvollstreckern [1281]). a) Historische Einleitung. Testamentsvollstrecker, Testamentsvollzieher (executores testamenti) sind die Personen, welchen es obliegt, für die gehörige Ausführung der testamentarischen Verfügungen zu sorgen. Der Name findet sich im römischen Rechte nicht, wohl aber im kanonischen Rechte [1282]). Auch der Begriff ist dem älteren römischen Rechte unbekannt, insofern nämlich, als unter einem Testamentsexecutor derjenige verstanden wird, welcher besonders dazu bestellt ist, daß er den Willen des Testators seinem ganzen Umfange nach zur Vollziehung bringe. Was diesem obliegt, gehört in der Regel und zunächst zu den Obliegenheiten des Erben; zur Erfüllung derselben wird er bald durch seine Miterben angehalten, bald durch die, zu deren Gunsten gewisse Auflagen im Testamente gereichen, bald durch die Obrigkeit selbst. Das römische Recht unterscheidet nämlich die testamentarischen Bestimmungen, welche eine obligatio und actio auf Erfüllung begründen, von denen, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt [1283]), d. h. welche keine Klage hervorbringen, sondern nur das Ansehen für sich haben, welches dem rechtlich erlaubten Willen des Erblassers stets zukommt. Diese werden nicht immer zur Ausführung gebracht, sondern es wird ihr besonderer Inhalt oder Zweck dabei berücksichtigt [1284]). Ist nämlich die testamentarische Auflage wichtig genug und ihre Ausführung wünschenswerth, so sorgt die Obrigkeit dafür [1285]). Wenn hingegen die Auflage von der Art ist, daß Niemand ein verständiges Interesse an ihrer Erfüllung hat, und ist nicht etwa der Erwerb des Rechtes selbst dadurch bedingt, so

---

1280) Vgl. darüber Heimbach iun. in dem Artikel Interdicte Bd. V, S. 577—581, worauf auch wegen des Weiteren, was in der fraglichen Lehre hier zu sagen wäre, zu verweisen ist.

1281) Lauterbach, diss. de executoribus ultimarum voluntatum. (Disp. Vol. II. nr. 79.) Zoller, diss. eiusdem argumenti. Lips. 1763. Leyser, medit. ad Pand. Sp. 367. Roßhirt, über Testamentsexecutoren in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Heft 2, S. 217 flg. Scholz, über Testamentsvollzieher. Altenburg 1841. Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 43, S. 390—448. Beseler, von den Testamentsvollziehern, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. IX, S. 144—228. Derselbe, Lehre von den Erbverträgen Th. 1, S. 96 flg., 249 flg. Wir befolgen in der Anordnung der Materie die von Beseler in seiner besonderen Abhandlung zum Grunde gelegte Anordnung.

1282) Cap. 17. 19. X. III. 26.

1283) L. 7. D. 33. 1.

1284) L. 7. fin. D. eod.

1285) Z. B. wenn die Auflage die Errichtung eines Monumentes für den Erblasser betrifft (L. 50. fin. D. 5. 3.) oder wenn dem Honorirten die Bedingung gemacht ist, daß er seine Kinder emancipire, und dies zu deren Vortheil gereicht. L. 92. D. 35. 1.

bleibt sie als nudum praeceptum auf sich beruhen[1286]). Es kann aber eine regelmäßig dem Erben obliegende Handlung auch einem Vermächtnißnehmer aufgetragen werden, wie die Besorgung des Leichenbegängnisses. Hier darf der Erbe die Erfüllung fordern, er ist aber auch sie zu fordern verpflichtet; der Vermächtnißnehmer kann das ihm Hinterlassene nicht eher erhalten, als bis er die Auflage erfüllt[1287]) oder deshalb genügende Sicherheit leistet[1288]). Einzelne Geschäfte wurden auch wohl Solchen aufgetragen, welche überall nicht bedacht worden waren. In dieser Beziehung wird unterschieden, ob der Testator bei Anordnung des Fideicommisses dem, welchem die Restitution aufgetragen war, den zu restituirenden Gegenstand zugewendet habe oder ob er ihn blos zum Vollzieher des Auftrages erwählte; wenn der Fideicommissar vor Eintritt des Rechtes sterbe, so bleibt das Vermächtniß im ersten Falle bei dem Beauftragten, im zweiten bei dem Erben[1289]). Auch mit der Vertheilung von Vermächtnissen wurden bisweilen einzelne Miterben, auch wohl dritte Personen beauftragt[1290]) sowie auch die Restitution eines Fideicommisses solchen Personen aufgetragen werden konnte, welche weder Erben noch Fideicommissare waren[1291]). Die Uebernahme solcher Aufträge hängt natürlich von dem freien Willen des Beauftragten ab; ist sie aber erfolgt, so findet gegen ihn derselbe Zwang auf Erfüllung statt, wie gegen jeden, welcher ein mit Belästigungen verknüpftes Vermächtniß angenommen hat. Auch kam es vor, daß Jemand durch ein wahres Mandat zur Besorgung gewisser Geschäfte nach des Mandanten Tode verpflichtet wurde[1292]), z. B. zur Errichtung eines Monumentes für den Mandanten, zum Kaufe eines Grundstückes für die Erben des Mandanten nach dessen Ableben[1293]). Unter den christlichen Kaisern ergingen verschiedene Verordnungen zu Gunsten letztwilliger Verfügungen, welche religiöse und Wohlthätigkeitszwecke,

---

1286) L. 114. §. 14. D. 30. L. 38. §. 4. L. 93. pr. D. 32.

1287) L. 12. §. 4. D. 11. 7.

1288) L. 40. §. 5. L. 80. D. 35. 1.

1289) L. 17. pr. D. 31.

1290) Vgl. L. 3. 8. D. 34. 1.

1291) Ein Fall dieser Art wird von Scävola in seinen Digesten vorgetragen. L. 78. §. 1. D. 36. 1. Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43, S. 395 flg.

1292) L. 12. fin. L. 13. D. 17. 1. L. 27. §. 1. D. eod.

1293) Darüber, daß man dieses mit dem Grundsatze des vorjustinianeischen Rechtes, daß ein Obligationsverhälthiß nicht so eingegangen werden dürfe, daß seine Wirkung erst nach dem Tode eines der Obligationsinteressenten beginne (S. Gai. Inst. Comm. III. §. 100. 158. L. un. C. IV. 11. L. 11. C. de contrah. et committ. stipul. VIII. 37. (38.) für unvereinbar gehalten und deshalb die Digestenstellen, in welchen das Gegentheil in Beziehung auf die nach dem Tode eines Mandanten auszuführenden Geschäfte anerkannt ist, für interpolirt angesehen habe, und über die dieser Ansicht mangelnde Begründung vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 397 flg. Wenn auch wirklich die in der vorigen Note angeführten Stellen interpolirt sein sollten, so enthalten sie doch entschieden das neueste praktische Recht.

z. B. Loskauf von Gefangenen, Unterhalt der Armen u. s. w. zum Gegenstande hatten. Es sind darin unter anderen folgende Bestimmungen getroffen. Sind zu diesem Zwecke Vermächtnisse bestimmt, so fordert der mit der Ausführung vom Testator Beauftragte die dazu ausgesetzte Summe von dem Erben, welche er in Gemäßheit der Bestimmung gewissenhaft verwenden muß. In Ermangelung eines vom Testator einer bestimmten Person ertheilten Auftrages hat der Ortsbischof dies zu bewerkstelligen. Wenn der Erblasser die Stiftung selbst oder geradezu die Gefangenen, die Armen u. s. w. zu Erben einsetzt, wie dies ihm rechtlich zusteht, so liegt regelmäßig dem Bischof die Ausführung ob; dieser nimmt die Erbschaft an sich, stellt die erbschaftlichen Klagen an, hat sich aber auch auf die wider die Erbschaft gerichteten Klagen einzulassen. Dabei sind auch genaue Bestimmungen über die Art und Weise der Ausführung sowie darüber erlassen, wie es zu halten sei, wenn der nach dem Testamente oder gesetzlich zur Ausführung Verpflichtete saumselig ist[1294]). Wenn man diese Bestimmungen zusammen hält, so läßt sich nicht sagen, daß Testamentsexecutoren dem römischen Rechte durchaus unbekannt gewesen seien. Specielle Executoren finden sich schon im älteren römischen Rechte, universelle auch im neueren, wenngleich nur für solche Fälle, wo eine pia causa eingesetzt war, der Erbe selbst also die Ausführung nicht übernehmen konnte. Hieraus erklärt sich die ausgedehnte Befugniß dieser Testamentsvollstrecker, wie sie andere regelmäßig nicht haben, und darum unterliegt es vielem Bedenken, nach diesen Gesetzen das Rechtsverhältniß aller derjenigen, welchen die Ausführung letzter Willen obliegt, bestimmen zu wollen. Es wurde vielleicht aber dadurch das Aufkommen allgemeiner Testamentsvollstrecker veranlaßt. Eine Novelle Leo des Weisen[1295]) erwähnt sie in folgender Weise. Geistliche könnten zwar keine Vormundschaften übernehmen, wohl aber Testamentsvollstrecker werden; denn wenn auch die letzteren Vormünder (*ἐπίτροποι*) genannt würden, so belästige doch die Vollstreckung der Testamente nicht so sehr, wie die Sorge für Unmündige und deren Vermögen, sei also mit Ausübung geistlicher Verrichtungen sehr wohl verträglich. Der wahre Grund lag wohl darin, daß man es dem Interesse der Geistlichkeit sehr entsprechend fand, Geistlichen den Zutritt zu Geschäften zu eröffnen, wodurch sie mit den Vermögensumständen genau bekannt wurden und sich mittelbar einen Einfluß auf den Inhalt letztwilliger Verfügungen sicherten. Regelmäßig waren auch in der That die Concipienten letzter Willen im früheren Mittelalter meistens Geistliche, und die Vollstreckung wurde gewöhnlich Geistlichen übertragen, da die Testamente meistens Verfügungen zum Besten einer Kirche, eines Klosters oder sonstiger piae

1294) Siehe besonders L. 28. und 48. (in den Ausgaben bis L. 49.) C. I. 3. Nov. 131. cap. 11.

1295) Novelle Leonis 68.

causae enthielten. Die Capitularien der fränkischen Könige erkennen sogar an, daß der Ortsbischof stets die letztwilligen Verfügungen zu überwachen oder darauf zu sehen habe, daß der Erbe die ihm gemachten Auflagen gehörig erfülle, im Falle der Nichterfüllung aber die Erbschaft an sich nehmen dürfe, um dadurch die Ausführung zu erzwingen[1296]). Diese Bestimmung ist in das kanonische Recht übergegangen[1297]); auch ist verordnet, daß selbst die vom Testator ernannten Testamentsexecutoren vom Bischof zur gehörigen Erfüllung angehalten werden sollen[1298]), und wenn die Verfügung eine pia causa betreffe, sogar dann, wenn vom Testator die Einmischung des Bischofs untersagt worden sein sollte[1299]). Bei den teutschen Stämmen findet sich bei den Vergabungen von Todes wegen, welche in dem Rechte der alten Franken unter dem Namen Affatomie vorkommen, der Anfang des Institutes, dessen Spuren sich durch das ganze teutsche Recht verfolgen lassen und welches erst im späteren Mittelalter in der Person der Salmannen, auch für die Vergabungen von Todes wegen wieder eine feste Gestalt annahm[1300]). Testamente finden sich in einzelnen Volksrechten, so in dem der Burgunder[1301]), der Westgothen[1302]) und der Bayern[1303]), wo sie allgemein zugelassen werden, was darin seinen Grund haben mag, daß sie nicht eine so ausgebildete Form für Vergabungen von Todes wegen besaßen, wie die Franken in der Affatomie. In einzelnen Volksrechten lassen sich auch die Vergabung von Todes wegen und das Testament genau unterscheiden[1304]). Auch in den fränkischen Formelsammlungen kommen Beispiele von Zuwendungen vor, welche, obgleich von Barbaren gemacht, sich nicht auf teutschrechtliche Grundsätze zurückführen lassen. Als die geschriebenen Volksrechte außer Gebrauch kamen, hörten auch die Testamente der Laien auf. Selbst die Geistlichen schlossen sich in ihren Vergabungen meistens an das einheimische Recht an. Mit dem Wiederaufleben des Studiums des römischen Rechtes und infolge des Einflusses der römischen Curie, welche den Geistlichen ihr besonderes Recht, als welches das römische betrachtet wurde, zu bewahren suchte, bedienten sich die Geistlichen der Testamente häufiger, um Zuwendungen auf den Todesfall zu machen, ohne daß sie sich dabei in Form und Inhalt streng an das römische Recht hielten. Dabei wurden aber zwei Grundsätze als wesentliche Abweichungen vom teutschen Rechte festgehalten, nämlich die Verfügung über den Tod hinaus durch einseitig

---

1296) Addit. Capitul. Lib. III. c. 87.
1297) Cap. 6. X. III. 26.
1298) Cap. 19. X. III. 26.
1299) Cap. 17. X. III. 26.
1300) Lex Sal. Tit. 49.
1301) Lex Burgund. Tit. 43. §. 1. 3.
1302) Lex Visigoth. Lib. II. Tit. 5. cap. 1. Lib. IV. Tit. 2. cap. 19.
1303) Lex Baioar. Tit. 14. c. 9. 3.
1304) Lex Burgund. Tit. 60. §. 1.

gefaßte simple Willensordnung und die Widerruflichkeit derselben. Fast ganz nach denselben Grundsätzen bildeten sich unter dem Einflusse der Geistlichkeit die Seelgeräthe aus, d. h. letztwillige Verfügungen, worin über das Begräbniß des Disponenten das Nähere bestimmt wurde, und Schenkungen zu frommen Zwecken „testamentsweis“ gemacht zu werden pflegten. Waren keine Executoren ernannt, so galt eine solche Zuwendung als Schuld der Erben, welche daher auch wohl nach dem Tode des Disponenten Scheine ausstellten, worin sie die Schuld anerkannten und die Zahlung versprachen. Auch die Laien fingen an, veranlaßt durch die Bequemlichkeit, solche Anordnungen durch einseitige letztwillige Verfügungen zu treffen, durch die damit verbundene Widerruflichkeit sowie durch das Beispiel und den Einfluß der Geistlichkeit, welche den Testamenten überhaupt hold war, nicht blos zu frommen Zwecken, sondern auch ihren Verwandten und Freunden Zuwendungen der angegebenen Art zu machen, was dadurch sehr befördert wurde, daß die Testamente vor die geistlichen Gerichte gezogen wurden. Mit dem Grundsatze des teutschen Rechtes standen aber solche Willensordnungen im directen Widerspruche, da diesem die einseitige Verfügung über den Tod hinaus überhaupt fremd war, umsomehr eine in Schwachheit auf dem Sterbebette errichtete. Das Verhältniß der teutschrechtlichen Vergabungen und der Testamente in Teutschland im Mittelalter ist hier nicht weiter zu erörtern. Nur ist noch der Salmannen zu gedenken, welche mit den heutigen Testamentsexecutoren Aehnlichkeit haben. Es sind dies Personen, welche anstatt des Eigenthümers ein Grundstück übertrugen. Die Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken geschah nach teutschem Rechte durch gerichtliche Auflassung. Die Auflassung wurde auch dazu gebraucht, um mittelst derselben das Eigenthum an Immobilien auf einen Anderen zu übertragen, jedoch mit Vorbehalt des Besitzes und Genusses von Seiten des Auflassenden bis an seinen Tod, so daß der Erwerber erst nach dem Tode des Auflassenden das volle Eigenthum erhielt. Es sind dies die Vergabungen von Todes wegen[1305]). Es war auch zulässig, daß der Eigenthümer durch die Hand eines Anderen, welcher ihm sonst in dieser Beziehung rechtlich fremd war, ein Grundstück übertragen konnte; der Eigenthümer ließ hier das Grundstück der Mittelsperson feierlich auf und nannte entweder dabei sogleich die Person, welche nun aus der zweiten Hand die Tradition empfangen sollte oder er gab nur im allgemeinen den Zweck des Geschäftes dahin an, daß der Empfänger später im Namen des Eigenthümers und nach seiner Anweisung die Auflassung beschaffen sollte. Der Zweck einer solchen vorläufigen Auflassung konnte ein zweifacher sein; entweder sollte die Mittelsperson blos zur Vollführung des gegebenen Auftrages ermächtigt werden, weil der Eigenthümer die Tradition selbst nicht wohl beschaffen konnte, z. B. wegen

---

1305) Beseler, Erbverträge Th. 1, §. 7, S. 96 flg. §. 14, S. 249 flg.

Abwesenheit, oder das Geschäft diente zur Erreichung eines ganz anderen Zweckes, welcher weit über die bloße Vertretung des Eigenthümers bei der Traditionshandlung hinausging. Die erste Art, in welcher dieses Geschäft zur Anwendung gebracht wurde, ist einfacher und natürlicher als die zweite; in ihr ist daher auch die ursprüngliche Bedeutung desselben zu suchen. Das Wesen des Geschäftes in seiner ursprünglichen Bedeutung läßt sich aus Urkunden des Mittelalters erkennen[1306]). Das Wesen lag in dem in die Mittelsperson, den Salman, gesetzten Vertrauen (fiducia), wozu das eidliche Versprechen, den Auftrag zu vollziehen, noch verstärkend hinzutreten konnte, indessen nicht wesentlich war. Auf den Salmann ging nun die Befugniß über, die Sache nach Auftrag ebenso wirksam zu übertragen, als es der Eigenthümer selbst gekonnt haben würde. Bei der zweiten Auflassung, welche der Salmann vorzunehmen hätte, konnte dann, je nachdem die Verabredung war, der Eigenthümer selbst concurriren oder nicht; der Salmann mußte aber nothwendig thätig sein, so daß die auf ihn übertragene Befugniß nicht einseitig widerruflich war, sondern als ein selbstständiges Recht erschien. Dieses Recht des Salmanns ging, wenn er es nicht ausgeübt hatte, auf seine Erben oder deren Vertreter über. Die Natur des Verhältnisses ergiebt, daß durch die von dem Salmann vollzogene Auflassung sein Recht erlöschen mußte, indem dann der letzte Zweck des Geschäftes erreicht war. Der neue Eigenthümer konnte einen anderen Salmann bestellen oder auch den alten beibehalten; im letzten Falle war eben ein neues Rechtsverhältniß begründet. Das Institut der Salmannen, welches ursprünglich nur im Interesse des Eigenthümers, in besonderen Fällen die wirksame Uebertragung seiner Güter beschaffen zu können, begründet war, nahm im Verlaufe der Zeit auch noch andere Beziehungen in sich auf, welche sich alle auf den Gesichtspunkt zurückführen lassen, daß dem Erwerber eines Grundstückes sein Recht daran möglichst gesichert werden sollte. So wurde es Sitte, Männer von Ansehen und Macht, ja sogar solche, welche dem hohen Adel angehörten, zu Salmannen zu nehmen, weil ihre persönliche Stellung die durch sie vollzogene Auflassung besonders zu sichern schien. Schon vorher wurde bemerkt, daß die Uebertragung eines Grundstückes in die Hand des Salmanns geschah, weil der Eigenthümer nur überhaupt dessen Veräußerung beabsichtigte, ohne jedoch sogleich die Person zu nennen, welche es durch die Auflassung aus der zweiten Hand erwerben sollte. Diese Einrichtung wurde in Bayern und Franken so weit ausgebildet, daß es allgemeine Sitte wurde, für bestimmte Grundstücke Salmannen zu haben, welche die Auflassung beschaffen mußten, so daß, wenn Jemand sich eine solche Mittelsperson bestellte, er vorher schwören mußte, keinen älteren zu haben. Dieses Institut ersetzte fast die öffentlichen Bücher über Besitzveränderungen; denn es ging daraus für den Erwerber die

---

1306) Siehe besonders Beseler a. a. O. Th. 1, S. 261—288.

eigenthümliche Sicherung hervor, daß er, wenn der Salmann unbedenklich die Auflassung vollzog, gewiß sein konnte, es stehe der Giltigkeit derselben keine frühere, von dem Auctor beschaffte hindernd entgegen. Zuweilen lag auch den Salmannen, welche dann auch conservatores genannt werden, die Verpflichtung ob, das ihnen übergebene Grundstück zu beschützen und zu vertreten, so daß sie fast die Stelle eines Vogtes einnahmen. Namentlich bediente man sich der Salmannen bei den Vergabungen von Todes wegen. Es wurde Jemanden nämlich ein Grundstück aufgelassen mit dem Auftrage, dasselbe an einen Dritten zu übertragen, und der Zeitpunkt, wo dies geschehen sollte, so bestimmt, daß er erst nach dem Tode dessen eintrat, welcher die Zuwendung machen wollte. Schon aus dem 9. Jahrhunderte kommen viele Beispiele von Vergabungen vor, welche nach dem Tode des Eigenthümers durch Salmannen beschafft sind, namentlich in fränkischen, bayerischen und alemannischen Urkunden. Diese Anwendung von Salmannen blieb fortwährend in Gebrauch, wie sich aus Schöffenurtheilen und Statuten ergiebt. Das Rechtsverhältniß, welches aus einer Uebertragung an Salmannen zu dem vorher gedachten Zwecke entstand, ist wohl zu unterscheiden von dem Falle, wo Jemand auf dem Todbette seine Verwandten bat, nach seinem Tode in seinem Namen eine Vergabung zu vollziehen. Die Erfüllung einer solchen Bitte hing lediglich von dem guten Willen der Verwandten ab, während die Thätigkeit der Salmannen mehr als Folge einer rechtlichen Verpflichtung erscheint. Wenn der Salmann starb, bevor er die ihm übertragene Auflassung vollführt hatte, so fragt es sich, was aus der Vergabung wurde. Im allgemeinen reichte hier die Regel aus, daß die nicht vollzogene Sale auf die Erben des Salmanns überging. Man konnte sich aber auch dadurch sichern, daß mehrere Salmannen bestellt wurden, von welchen jeder einzelne die Tradition rechtsgiltig sollte beschaffen können. Dies war auch nicht ungewöhnlich, wie aus uns erhaltenen Urkunden hervorgeht. Aus diesem Gebrauche der Salmannen bei den Vergabungen von Todes wegen ist wahrscheinlich das Institut der Testamentsexecutoren hervorgegangen, welche im späteren Mittelalter unter den Namen manufideles, Treuhänder, Testamentarier, Vormünder so häufig vorkommen. Jedoch hat sich die Ausbildung der Testamentsexecutoren nicht allein an das Institut der Salmannen angelehnt, auch das Institut der Voigtei oder die Vormundschaft ist dabei von Einfluß gewesen. Die älteren teutschen Rechtsquellen, namentlich die städtischen und auch noch die spätere Theorie der Juristen geben Zeugniß von dem Einflusse, welchen diese Unterordnung der Testamentsexecutoren unter die Voigtei auf die Lehre von der Vollziehung der Testamente in weiten Kreisen gehabt hat. Diese im Testamente gekorenen Vormünder, in Lübeck procuratores und später provisores genannt, hatten es nicht blos mit der Vollziehung des letzten Willens des Erblassers zu thun, sondern sie waren auch regelmäßig die Vormünder seiner Witwe und

Kinder, und vertraten ihn daher nach allen Seiten hin, nicht blos in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse, sondern auch in seiner Stellung als Schirmherr der Familie[1307]). Am meisten wirkte aber für das Institut der Testamentsexecutoren die Kirche. Diese arbeitete consequent darauf hin, die Testamente unter die Gerichtsbarkeit der geistlichen Behörden zu bringen, und es wurde dem Bischof ausdrücklich die Befugniß beigelegt, über die Vollziehung der Testamente zu wachen, auch wenn sie nicht von Geistlichen oder zu frommen Zwecken errichtet waren[1308]). Indessen gelang es der Kirche nicht, in Teutschland diese Jurisdiction in Testamentssachen durchzusetzen und sie konnte nicht einmal ihre Gesetzgebung über diese Lehre zur allgemeinen Anerkennung bringen. Es lag aber in Teutschland nicht das Bedürfniß vor, für die Vollziehung der Testamente eine neue Einrichtung selbstständig zu schaffen, da sich im Volksrechte gezeigter Maßen selbst die Mittel zeigten, mit welchen das Ziel sicher zu erreichen war und welche man in der Praxis zu diesem Behufe anwenden lernte. Diesen vom Volke selbst vollzogenen Entwickelungsproceß, durch welchen die Testamente mit dem Rechtsleben vollständig verbunden wurden, ließ die Kirche ruhig gewähren, indem sie sich damit begnügte, einzelne Principien festzustellen, welche den Erfolg im ganzen und großen sicherten; ja sie bequemte sich möglichst den aus jener volksthümlichen Rechtsbildung hervorgehenden Einrichtungen an. Das Institut der Testamentsexecutoren lehnte sich nun zwar im allgemeinen an das der treuen Hand, der manus fidelis, an; im einzelnen wurde aber bald die Uebertragung einer durch die Auflassung besonders constituirten Gewere benutzt, um der Mittelsperson die gehörige Vollmacht und Gewalt zu ertheilen, bald unmittelbar die Voigtei herbeigezogen, um eine Vertretung des Verstorbenen auch in dieser Beziehung möglich zu machen. Die Uebertragung einer Gewere zur treuen Hand auf den Executor, sei es an einzelnen Grundstücken oder am ganzen Vermögen, war im teutschen Rechte durch die Vergabung vermittelst der Salmannen vorbereitet und man brauchte blos dieses schon ausgebildete Geschäft in Verbindung mit den Testamenten zu setzen, um den Zweck, deren Vollziehung zu sichern, im wesentlichen zu erreichen. In der That ist eine solche Verbindung der an sich freilich verschiedenen Institute auch sofort bei dem Aufkommen der Testamente in Teutschland versucht worden und sie stellt sich als die eigentliche Vermittelung dar, wodurch das fremde Rechtsgeschäft zuerst in die teutsche Praxis auch für Laien eingeführt worden ist. Als aber das Princip der widerruflichen letztwilligen Verfügungen seine selbstständige Geltung gewann, hörte auch das Bedürfniß auf, die Vollziehung derselben mit Hilfe der teutschrechtlichen Vergabungen zu sichern und es

---

1307) Kraut, teutsche Vormundschaft Bd. 1, S. 11, 31 flg., 263 flg. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Rechte Bd. 3, S. 316 flg. Beseler, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. IX, S. 149.

1308) Cap. 6. X. III. 26. Vgl. cap. 3. 17. 19. X. eod.

erscheint daher bald die testamentarische Ernennung des Executors ohne die Uebertragung einer Gewere als genügend, um ihm die für sein Geschäft nöthige Machtvollkommenheit einzuräumen. Außer dem Institut der Salmannen hat aber auch die Voigtei oder die Vormundschaft auf die Ausbildung der Testamentsexecutoren den schon erwähnten Einfluß gehabt. Wenn nun hiernach das Institut der Testamentsexecutoren auf einer zwiefachen Grundlage erwachsen ist, so fragt es sich, ob diese Verschiedenheit der Entstehung rein zufällig war oder ob sie sich nach den besonderen Verhältnissen in bestimmten Kreisen geltend gemacht hat, und ferner, ob sie auch auf das ganze Rechtsverhältniß der Executoren von Einfluß war oder ob, abgesehen von der Einwirkung der Voigtei auf die Familie, im ganzen für die Vollstreckung der Testamente selbst ein und dasselbe Princip geltend geworden ist. Es kann in dieser Beziehung für das Recht der späteren Mittelalters möglicherweise ein doppelter Einfluß wirksam gewesen sein, nämlich die Verschiedenheit der teutschen Stämme und der Unterschied der einzelnen Stände. Erstere ist in dieser Lehre ohne Einfluß. Destomehr kommt die Verschiedenheit der einzelnen Stände in Betracht. Bleiben wir zuerst bei der Geistlichkeit stehen, so war für diese die Einwirkung der Voigtei in ihrer privatrechtlichen Bedeutung ausgeschlossen und an deren Stelle trat die hierarchische Unterordnung unter die Oberen, die eben zunächst für das allgemeine Interesse der Kirche zu wachen hatten. Die Geistlichen waren daher darauf angewiesen, für die Vollstreckung ihrer Testamente sich an das Recht der Salmannen anzuschließen und in deren Art freie Mittelspersonen als manufideles oder Treuhänder zu ihren Executoren zu ernennen. Sie fanden aber außerdem im kanonischen Rechte und dessen doctrineller Bearbeitung schon früh einen festen Anhalt, um das genannte Institut in bestimmter Weise zu entwickeln und für sich zurecht zu legen. So kam es für die geistlichen Testamente schon früh unter den Einfluß der römisch-italienischen Jurisprudenz, welche dasselbe zwar im allgemeinen so, wie sie es vorfand, anerkannte, aber es doch in ihrer Weise behandelte und namentlich in eine gewisse Beziehung zum römischen Rechte zu bringen suchte. Unter den Laienständen war das Testament eigentlich nur für die städtischen Bürger von Wichtigkeit. Im Bauernstande kam es noch zu den Zeiten des Zasius selten vor; aber auch die Ritterschaft fand selten Gelegenheit, sich desselben zu bedienen, indem theils das Bedürfniß zu Dispositionen Todes halber für sie nicht eben häufig war, theils die teutschrechtlichen Vergabungen in diesem Kreise lange in Uebung blieben und dem Bedürfnisse genügten. In den Städten wurde bei der steigenden Bedeutung der Fahrniß die letztwillige Verfügung bald ein sehr beliebtes Geschäft, und indem die im städtischen Gemeindewesen gelockerten Familienbande oft die Ernennung von Vormündern veranlaßten, wurden die Testamentsexecutoren in das Gebiet der Voigtei hineingezogen und erhielten dadurch eine bestimmte principmäßige Ausbildung, welche die genaue Feststellung des

Rechtsverhältnisses für jeden einzelnen Fall überflüssig machte. Wie sich das Institut der Testamentsexecutoren in dem Rechtsleben der städtischen Bürgerschaft nach einer bestimmten Seite hin ausgebildet und befestigt hat, läßt sich am deutlichsten aus einem einzelnen Beispiele entnehmen, am besten aus dem lübischen Rechte, in welchem seit der Mitte des 13. Jahrhundertes das Recht der Testamentsexecutoren sich entwickelt hat, von welchem Pauli eine sehr gründliche Darstellung gegeben hat[1309]). Im Lübischen Rechte erscheinen die Executoren als die Vertreter des Verstorbenen, welchen sie, wie ein römischer Erbe, activ und passiv repräsentiren, aber nur in formeller Hinsicht. In dieser Stellung hatte der Executor das Testament gegen Anfechtungen zu schützen; ihm steht es zu, Vergleiche zu schließen und Eide zu leisten; er hat den Nachlaß zu reguliren, die darauf bezüglichen Klagen anzustellen und sich darauf einzulassen, und die im Testamente geordneten Zuwendungen und Stiftungen auszuführen. Zu diesem Behufe konnte er die erforderlichen Veräußerungen, soweit sie überhaupt rechtlich zulässig waren, vornehmen und hatte überdies eine in der Voigtei begründete Gewere am Nachlaß, so daß er sich des Gutes wie ein gesetzlicher Erbe, wenn auch natürlich nur mit einer, durch das ganze Rechtsverhältniß beschränkten Wirksamkeit, unterwinden konnte. Ueberhaupt hat die Lehre von den Testamentsvollstreckern nur in der Sphäre der älteren Stadtrechte eine selbstständige, auf teutschrechtlichen Grundsätzen beruhende Ausbildung erlangt, und es kam hier einer solchen Mittelsperson, weil der testamentarische Erbe fehlte, die formelle Vertretung des Testators hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse und namentlich mit Rücksicht auf die Vollstreckung seiner letztwilligen Verfügungen zu[1310]). — Betrachtet man die Testamentsexecutoren nach der Aufnahme des römischen Rechtes[1311]), so mußte in dieser Lehre mit der vollständigen Reception des römischen Rechtes auch der Begriff des römischen Erben dem modernen Rechtssystem einverleibt werden und damit das frühere Bedürfniß, für die Vollziehung letztwilliger Geschäfte durch besondere Anordnungen Sorge zu tragen, wegfallen. Die seit der Mitte des 12. Jahrhundertes in Teutschland hauptsächlich durch die Vermittelung der Geistlichkeit aufkommenden Testamente erlangten bald eine große Verbreitung, wenn auch nicht in derselben Weise unter den verschiedenen Stämmen und Ständen, und es hatte sich in Beziehung auf sie schon lange ein festes Recht gebildet, ehe es noch im Laufe des 16. Jahrhunderts zur vollständigen Reception des römischen Rechtes kam. Dem römischen Rechte gehörten sie freilich ihrem Ursprung nach an, sie haben aber von demselben doch nur die allgemeine Natur des Geschäftes als einer einseitigen, widerruflichen Verfügung

1309) Pauli a. a. O. S. 330 flg. S. auch Beseler a. a. O. S. 152—154, dessen Darstellung wir in dem Bisherigen im wesentlichen gefolgt sind.
1310) Vgl. Beseler a. a. O. S. 154, 155.
1311) Siehe Beseler a. a. O. S. 156—165.

über den Tod hinaus entlehnt, ohne sich weiter der Form und dem Inhalte nach an die römischen Grundsätze zu binden [1312]). In letzterer Beziehung namentlich ist durchgängig das Princip der Erbeinsetzung verlassen, was umsoweniger auffällig ist, als überhaupt der Begriff eines Erben im römischen Sinne dem teutschen Rechte noch lange fremd blieb, nachdem man sich schon an die letztwilligen Verfügungen gewöhnt hatte. Das ältere teutsche Testament ist im wesentlichen nichts anderes als ein Aggregat einzelner Vermächtnisse, welche anfangs fast ausschließlich zum Heile der Seele für fromme Zwecke hinterlassen wurden, bald jedoch auch als ein Mittel dienen mußten, verwandten und befreundeten Personen Zuwendungen zu machen. Damit wurden denn auch noch andere Verfügungen des Testators in Verbindung gebracht, wodurch er seine Vermögensverhältnisse über den Tod hinaus ordnete, insoweit er nicht durch entgegenstehende Grundsätze des teutschen Rechtes, namentlich hinsichtlich der Erbgüter, daran verhindert war. Da ein testamentarischer Erbe als Repräsentant des Erblassers nicht da war, der gesetzliche Erbe aber regelmäßig ein Interesse daran hatte, daß die Verfügung des Testators nicht vollzogen wurde, namentlich wenn es sich von künftigen Stiftungen handelte, ihm also die Vollstreckung am wenigsten überlassen werden konnte, so mußte, sollte die Vollziehung der Testamente nicht ganz vom Zufalle abhängen und das Institut selbst schwankend und ohne die rechte Kraft und Geltung bleiben, durch bestimmte Einrichtungen das Hinderniß, welches sich seiner consequenten Durchführung entgegensetzte, ganz beseitigt werden. Dazu war vor allem die Kirche berufen. Es hat nun, wie früher bemerkt wurde, das Institut der Testamente und der Testamentsexecutoren den bereits beschriebenen Entwickelungsgang genommen. Mit der Reception des römischen Rechtes und dem hiermit auch recipirten Begriffe des römischen Erben bedurfte es nicht mehr der Fürsorge für Vollziehung letztwilliger Verfügungen durch besondere Anordnungen, wie dieselbe früher nöthig gewesen war. Es kam nun darauf an, ob man überhaupt noch das Institut der Testamentsexecutoren beibehalten und, wenn dies der Fall war, welche Stellung man ihnen im allgemeinen und besonders in ihrem Verhältniß zu dem Erben anweisen werde. Die Anforderung, hierüber zu bestimmten Regeln zu gelangen, war ganz unabweislich, wenn wirklich ein Testamentserbe vorhanden war; aber auch bei den Intestatcodicillen war die Lage der Sache im Grunde nicht wesentlich verschieden, und wenn die neuere Rechtswissenschaft diese Geschäfte auch in einer Art, wie sie dem römischen Rechtsleben wohl kaum geläufig waren, zur Anwendung brachte, und dadurch die Eigenthümlichkeit der älteren teutschen Testamente noch immer in einer gewissen Geltung erhielt, so konnte dies doch auf die Stellung der Testamentsexecutoren von keinem entscheidenden

1312) Ueber die Geschichte der römischen Testamente in Teutschland vgl. besonders Beseler, Erbverträge Th. 1, §. 14, S. 242—260.

Einflusse sein, weil es auch bei Intestatcodicillen an dem Erben nicht fehlt, welchem die Vollziehung der Verfügungen obliegt. Seit dem 16. Jahrhunderte machte sich nun das strengere Princip des römischen Rechtes über die Bedeutung des Erben als Universalsuccessor und die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung im Testamente auch in Teutschland geltend und begann nicht blos die gemeinrechtliche Theorie der Juristen, sondern auch das durch sie bestimmte Partikularrecht zu beherrschen, wenn auch nicht ohne Ausnahmen. Nichtsdestoweniger aber bediente man sich fortwährend der Testamentsexecutoren; sie wurden in der Praxis oft angewendet, in den Partikularrechten zum Gegenstande genauer Vorschriften gemacht und auch von der juristischen Theorie als gemeinrechtliches Institut anerkannt und behandelt. Die lange Gewöhnung an sie und vor allem auch der innere, im Wesen der Rechtsverhältnisse liegende Grund, daß der Testator es wünschenswerth erachten muß, dem ernannten Erben nicht auch zugleich die Vollziehung seines Testamentes und die damit verbundene Regulirung seines Nachlasses einzuräumen, machen es erklärlich, daß man auch jetzt noch das dem römischen Rechte fremde Institut bewahrte und es mit den neuerworbenen Rechtsbegriffen in Einklang zu bringen suchte. Hinsichtlich der Stellung der Testamentsexecutoren im neueren Rechte kommt es vor allem auf die Auffassung an, welche ihnen in der Jurisprudenz zu Theil wurde. Es ist hier auf die Ansichten der fremden Juristen zurückzugehen, welche die meisten gemeinrechtlichen Lehren schon in einer gewissen Verarbeitung den Teutschen überlieferten, so daß diese sich nur an sie anschlossen oder, wie es oft geschehen ist, ihnen fast unbedingt folgten. Für die Testamentsexecutoren ist besonders Durandus wichtig, welcher in seinem speculum iuris auf die Testamente und dabei auch auf die Testamentsexecutoren zu sprechen kommt, welchen er eine weitläufige Erörterung widmet[1313]). Er hält sich dabei zunächst an die Testamente, welche ein kirchliches Interesse haben, indem er stets eine Verfügung zu frommen Zwecken voraussetzt, diese selbst aber freilich in einem sehr weiten Sinne nimmt, da fast jede Zuwendung im Interesse des öffentlichen Wohles dahin gezählt wird. Der executor ultimae voluntatis hat es nur mit der Vollziehung einer solchen letztwilligen Verfügung zu thun. Dabei wird aber unterschieden zwischen dem Falle, wenn gar kein Erbe vorhanden ist und das Testament nur Verfügungen zu frommen Zwecken enthält, und demjenigen, wo neben der Erbeinsetzung die dem Executor anvertrauten Zuwendungen sich finden. Im ersten Falle ist der Executor loco heredis, d. h. er repräsentirt den Erblasser formell in aller Selbstständigkeit, so daß eine Beschränkung seiner Befugniß, wenn sie überhaupt gelten soll, aus besonderen Gründen dargethan werden muß. Der bloße executor particularis dagegen, welcher sich neben dem Testa-

---

1313) Durandus, speculum iuris Lib. II. p. II. de instrumentorum editione §. 14.

mentserben findet, bedarf eines speciellen Auftrages vom Erblasser, zu welchem Behufe Durandus eine specielle Formel angiebt. Um das Recht dieses executor particularis zu bestimmen, sucht Durandus eine passende Analogie im römischen Rechte zu finden. Loco heredis soll der Executor nur dann sein, wenn er mit keinem Erben concurrirt; die negotiorum gestio wird abgewiesen, weil doch ein Auftrag vorliegt. Gegen die Annahme eines Mandates, für welches allerdings spreche, daß der Executor ein Procurator sei, da er mit Vollmacht handele, wird geltend gemacht, daß, wenn er ein wahrer Procurator wäre, sein Auftrag mit dem Tode des Mandanten endigen würde und er nicht gegen den Erben klagen könnte, wie er doch thue; es wäre aber absurd, daß der Procurator gegen den dominus klagen könne. Ebenso würde, wenn der Executor ein Procurator wäre, vom Erben, der zugleich Principal (dominus) wäre, dessen Function re integra widerrufen werden können und es so in der Macht des Erben liegen, den Willen des Erblassers zu hindern; was zu sagen auch wieder absurd wäre, da der Erbe selbst zur Erfüllung des Willens des Erblassers gezwungen werden müsse. Durandus kommt daher am Ende nicht weiter, als daß er, nachdem er auf die angegebene Weise die Unabhängigkeit des Executors von dem Willen des Erben und die Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung gesichert hat, eine gewisse Aehnlichkeit zwischen dem Executor und dem Legatar und Fideicommissar annimmt. Auf die Tutel und Cura nimmt er an dem Orte, wo er von der angemessenen Analogie mit Absicht handelt, keine Rücksicht, legt aber im Laufe der früheren Erörterung gerade auf diese Institute in den wichtigsten Beziehungen das größte Gewicht und leitet daraus tief eingreifende Rechtssätze ab. Dahin gehört die Eintheilung der executores in testamentarii, legitimi und dativi, die Verpflichtung des Executors zur Errichtung eines Inventars und zur Rechnungslegung, die Möglichkeit, ihn als suspect zu entfernen; endlich der Zwang des Executors zur Uebernahme des ihm übertragenen Geschäftes, welches officium genannt wird, wenn er nicht eine gesetzliche Excusation hat, wenigstens bei den Vermächtnissen zu frommen Zwecken. In der späteren Jurisprudenz bildet diese von Durandus nur gelegentlich benutzte Analogie der Vormundschaft den Mittelpunkt der ganzen Behandlung und beherrscht die Lehre davon beinahe ausschließlich. Dies erklärt sich theils aus der, wenn auch entfernten Aehnlichkeit beider Institute, theils aus dem Umstande, daß in den Stadtrechten, welche den gelehrten Juristen noch am meisten zugänglich waren, die Voigtei auf die Ausbildung des Rechtes der Testamentsexecutoren von so entschiedenem Einflusse gewesen ist. Je mehr sich die Rechtswissenschaft vom geistlichen Rechte ablöste und daher auch mit den Testamenten der Laien, wie sie im praktischen Rechtsleben vorkamen, bekannt wurde, desto leichter war es möglich, daß sie sich, wenngleich nur durch die Vermittelung einer römischen Rechtsanalogie, von den dafür geltenden Grundsätzen leiten ließ. Das Volksrecht ging hier einmal seinem wesent-

lichen Inhalte nach in das Juristenrecht über. Eine unmittelbare Entwickelung der ganzen Lehre unmittelbar aus dem römischen Rechte, als in diesem unmittelbar enthalten, hat die ältere Jurisprudenz nicht versucht. Nur Cujacius [1314]), namentlich auf Novella Leonis 68 Bezug nehmend, findet die Executoren auch im römischen Rechte wieder und will sie nach den Regeln, welche sich direct aus demselben für sie ableiten lassen, beurtheilt wissen; er steht aber in dieser einseitigen Auffassung fast allein da und hat auch mit seiner Ansicht keinen nachhaltigen Einfluß auf die Praxis gehabt. Schon Ant. Faber [1315]) widerlegte ihn auch aus dem Standpunkte des römischen Rechtes und drang darauf, das moderne Institut in seiner Eigenthümlichkeit anzuerkennen und es seiner Natur gemäß nach Analogie der Vormundschaft zu beurtheilen. Diese Ansicht setzte sich auch bald in der teutschen Rechtswissenschaft fest und erhielt sich lange als die herrschende. Es galt die Regel: executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur [1316]). Aehnlich wie in der gemeinrechtlichen Doctrin stellte sich die Lehre in den Stadtrechten dieser Zeit, indem man dabei die alte Grundlage der Voigtei im wesentlichen festhalten konnte. Im Laufe des 18. Jahrhunderts machte sich jedoch in dieser Lehre eine abweichende Auffassung geltend, welche sich nach und nach immer weiter verbreitete. Man fing nämlich an, die früher benutzte Analogie der Vormundschaft als unpassend zu verwerfen und dafür das Rechtsverhältniß der Testamentsvollstrecker unter dem Gesichtspunkte des Mandats zu behandeln [1317]). Die neueren Romanisten stellen im wesentlichen alles auf das Mandat. Indessen hat diese neuere Theorie keineswegs die ausschließliche Herrschaft erlangt. Neuere Germanisten, unter welchen namentlich Scholz eine eigene Abhandlung darüber geschrieben hat, legen demselben zwar das Mandatsverhältniß zum Grunde, suchen es aber, soweit diese Voraussetzung es zuläßt, in einer gewissen Selbstständigkeit zu bewahren.

b) Geltendes Recht. Was aa) das Princip der Lehre anlangt, so ist, wenn man den eigentlichen Grund des Rechtsverhältnisses betrachtet, in welchem der Testamentsexecutor sich befindet, soviel gewiß, daß er, abgesehen von besonderen Fällen, nur kraft eines bestimmten Auftrages seine Gewalt erhält, und zwar kraft eines ihm vom Erblasser ertheilten Auftrages. Auch das kann vorläufig als unzweifelhaft angenommen werden, daß der ernannte Executor zur Uebernahme des ertheilten Auftrages nicht verpflichtet ist, diese vielmehr von seinem freien Willen abhängt. Dennoch scheinen der Annahme eines reinen Mandatscontractes, welcher durch die vom Executor erklärte Zustimmung

---

1314) Cuiacius, ad Africanum tract. II. ad L. 107. D. de legatis I. (edit. Paris. T. I. p. 1308.)

1315) Ant. Faber, errores pragmat. Dec. LXVI. Err. 6—10.

1316) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Beseler a. a. O. S. 161.

1317) Siehe die bei Beseler a. a. O. S. 163 angeführten Juristen.

perfect werde, wichtige Bedenken entgegen zu stehen. Dahin gehört namentlich, daß nach römischem Rechte das Mandat durch den Tod eines der Contrahenten erlischt und nicht auf die Erben übergeht, während, wenn bei der Testamentsvollstreckung der Auftrag erst nach dem Tode des Erblassers perfect werden soll, ja durch die dann erfolgte Annahme des Auftrages überhaupt erst ein contractliches Verhältniß begründet wird; das Resultat ist nicht blos, daß das Mandat über jenen Zeitpunkt, mit welchem es in der Regel aufhört, erstreckt wird, sondern daß es dann überhaupt erst zur rechtlichen Geltung gelangt, der Todte also gewissermaßen mit dem Lebendigen contrahirt. Daran hat das römische Recht selbst in dem Fall, wo es die Vollstreckung des Mandates nach dem Tode des Mandanten ausnahmsweise anerkennt[1318]), nicht gedacht, indem nicht von einem testamentarisch ertheilten Auftrage, sondern von einem unter den Lebendigen gehörig geschlossenen Contracte die Rede ist. Hiernach scheint das Rechtsverhältniß des Executors sich nicht unter den Mandatscontract des reinen römischen Rechtes bringen zu lassen. Aber auch das kanonische Recht scheint dazu keinen hinreichenden Grund darzubieten. Denn ohne das Wesen des Mandates irgendwie zu berühren und das Rechtsverhältniß der Testamentsvollstreckung danach zu bestimmen, spricht es blos von einem Auftrage des Testators an den Executor und von dessen Verpflichtung, den einmal übernommenen Auftrag zu vollziehen[1319]). Man könnte aber dennoch die Analogie des Mandates, als die passendste, darauf anwenden wollen. Allein das Mandat scheint nicht zu passen, um dieses Rechtsverhältniß danach zu bestimmen. Denn die Testamentsvollstrecker bedürfen einer gewissen Selbstständigkeit den Erben gegenüber, welche doch als Repräsentanten des Erblassers das von diesem gegebene Mandat müssen widerrufen und abändern können; auf der anderen Seite ist als ausgemacht anzunehmen, daß die Executoren, wenn sie einmal das ihnen anvertraute Geschäft angenommen haben, es nicht willkürlich wieder abgeben können, während doch der Mandatar, insofern es ohne dolus geschieht, einseitig aufkündigen darf. Endlich aber kommt in Betracht, daß, wenn der Auftrag des Testators an den Executor nicht mit einer alle Beziehungen umfassenden Vollständigkeit entworfen ist, was doch nicht als nothwendig gilt und auch nicht immer geschieht, die Stellung des Executors durchaus unsicher und schwankend ist. Es scheint also das Mandat nicht auszureichen, um dieses Rechtsverhältniß seiner Natur nach zu bestimmen und das darauf anzuwendende Princip abzugeben. Was nun die früher zur Hand genommene Analogie der Vormundschaft anlangt, so bestehen allerdings gewisse Aehnlichkeiten. Dahin gehört namentlich die Art der Bestellung, indem wie der testamentarische Vormund, so auch der Testamentsvollstrecker seine Gewalt durch den im Testamente

1318) L. 12. §. 17. L. 13. D. 17. 1.
1319) Cap. 19. X. III. 26.

ausgesprochenen Willen des Testators erhält. Eine fernere Aehnlichkeit beider Institute tritt da hervor, wo mit der Testamentsvollstreckung eine Vermögensverwaltung verbunden ist, und in dieser Hinsicht kann die Analogie der Vormundschaft von unmittelbarer Bedeutung werden, weshalb auch die ältere Theorie vorzugsweise daran anknüpfte. Aber auch hier ist diese Analogie mit großer Vorsicht zu gebrauchen. Man hat auch das Recht des römischen arbiter herbeigezogen, um das der Testamentsvollstrecker danach zu beurtheilen, indem man zwischen der Vollstreckung, welche der Obrigkeit, und der, welche einer Privatperson übertragen wird, einen Unterschied machte. Diese Ansicht verdankt nur dem Umstande ihre Entstehung, daß sich im Mittelalter die auch im kanonischen Rechte anerkannte Sitte fand, die Verwendung des Nachlasses zu frommen Zwecken ganz oder theilweise einem Executor zu überlassen, wodurch allerdings dem arbitrium desselben für diesen Fall ein weites Feld der Wirksamkeit eingeräumt wurde, so daß es, in Ermangelung näherer Bestimmungen des Testators, zum alleinherrschenden Princip erhoben werden konnte. Dieses für einen solchen besonderen Fall geltende Princip kann aber unmöglich genügen, um die ganze Lehre danach zu beurtheilen. Denn wenn auch sonst oft Veranlassung sich finden wird, daß der Executor als arbitrator den Umständen gemäß und nach seinem besten Ermessen zu handeln befugt und verpflichtet ist, so kann dies doch nur dann geschehen, wenn ihn eine andere Norm und namentlich der Wille des Testators nicht bindet; dies ist aber nichts dem Institute Eigenthümliches, sondern etwas Aehnliches kann bei jeder, nicht ganz beschränkten Geschäftsführung vorkommen. Der Executor muß eben leisten, quidquid ex bona fide est. An eine schiedsrichterliche Gewalt, die ihm etwa über die Erbinteressenten zustände, ist aber gar nicht zu denken. Beseler[1320]) stellt ein neues Princip auf und begründet dasselbe in folgender Weise. Unbestreitbar sei der Testamentsexecutor eine Mittelsperson, welcher vom Testator ein Theil der Rechte übertragen wird, die sich auf seine Repräsentation nach seinem Tode beziehen. Soweit sein Geschäftskreis reiche, nehme er die Stellung ein, welche nach römischem Rechte dem Erben gebührt und ihm vom Testator nicht geschmälert werden kann. Als nun die römische Testamentenlehre mit diesen strengen Grundsätzen in Teutschland habe recipirt werden sollen, habe sich jenes Institut schon vorgefunden. Dieses habe man nicht aufgegeben, sondern beibehalten, obschon man sonst das Princip der Erbeinsetzung im allgemeinen als geltend anerkannt habe. So sei es gekommen, daß der römische Satz, wonach der Erbe den Erblasser ausschließlich repräsentire, in Teutschland nicht praktisch geworden sei, und die Vollziehung des Testamentes könne noch immer besonders ernannten Executoren anvertraut werden. Es sei also mit anderen Worten die testamenti factio ihrem Inhalte nach für den Testator erweitert worden;

1320) Beseler a. a. O. S. 173 flg.

darin finde die dem Executor übertragene Gewalt ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung. Beseler selbst räumt aber ein, daß man mit diesem Princip nicht auslange; die Schwierigkeit beginne erst recht im Detail; es sei auch nicht im Stande, alle Schwankungen und Unbestimmtheiten zu entfernen, und nimmt für dasselbe nur in Anspruch, daß es für die Behandlung der Lehre einen sicheren Standpunkt und die Möglichkeit einer sicheren und consequenten Rechtsentwickelung gewähre. Auch verkennt er nicht, daß dieser anderen Auffassung von Testirfreiheit selbst nur vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit, im Vergleich zur streng römischen, gegründete Bedenken entgegenstehen und Manches gegen eine solche Theilung der Erbengewalt zu sprechen scheine. Diese Bedenken sind allerdings so begründet, daß man dieser aufgestellten Ansicht nicht beitreten kann[1321]). Wenn man auch als gegründet annimmt, daß den Executoren nach altteutscher Auffassung, im Vergleiche zum römischen Rechte und dessen Begriffen, eine solche theilweise Repräsentation des Erblassers zugekommen sei, so ist doch aus der Fortdauer der Gewohnheit, Executoren zu ernennen, bei Aufnahme des römischen Testamentsrechtes im ganzen nicht schon der Schluß zu ziehen, daß, sobald Executoren ernannt werden, namentlich das Princip der Universalrepräsentation nicht zur Anwendung und Herrschaft gelangt, sondern nur daß es beschränkt worden sei. Jedenfalls hätte sich bei dieser Collision der Principien wenigstens die Grenze, der Umfang und Inhalt der getheilten Repräsentation bestimmter ausprägen und gestalten müssen, worin, also im Detail, der ganze Schwerpunkt der Sache liegt. Es ist dies aber nicht geschehen. Auch läßt sich nicht behaupten, daß das teutsche Institut die Oberhand wirklich gewonnen habe. Auch hat sich nicht etwa durch Einfügung des teutschen Institutes in die römisch principiell widersprechende Lehre und bewußtes Vorschreiten der Praxis etwas Neues gebildet. Es ist, wenn man nach praktischen Folgen fragt, hier Alles so unentwickelt, zerfahren und bestritten, daß von einer consequenten Rechtsentwickelung oder der Darstellung eines positiven Rechtsinstitutes, d. h. eines Materiales von etwas im Rechte schon Gegebenem und Ausgebildetem nicht die Rede sein kann. Es könnte sich von dieser Seite nur darum handeln, ein Princip auszumitteln, nach welchem das Institut sich hätte entwickeln können, nicht darum, das Princip eines solchen Institutes zu ermitteln, welches der Doctrin von ihm zu Grunde zu legen wäre. Hiernach läßt sich auch sicher annehmen, daß der allgemeinen Anerkennung der römischen Lehre von der Universalrepräsentation des Testators durch den Erben gegenüber das teutsche Institut verkümmert sei. Auch ist die Vorstellung von der theilweisen Repräsentation des Erblassers durch den Executor innerlich unrichtig und dieser Begriff auf letztere nicht anwendbar. Derselbe hat nur auf die Persönlichkeit, d. h. die Vermögensrechte des Erblassers gegen Dritte Bezug;

1321) Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 182, N. 4, Bd. 3, S. 501 flg.

der Executor tritt aber nicht in dieser Hinsicht neben den Erben, sondern zur Sicherung der Ausführung des Willens des Erblassers; er tritt eher dem Erben gegenüber und controlirt ihn. Er repräsentirt in keinem Vermögensrechte den Erblasser, sondern, so zu sagen, dessen Willen in gewissen Richtungen. Dann ist der wesentliche Unterschied, daß, während die Repräsentation des Testators durch den Erben nothwendig darum eine unendliche ist, weil diese nach seinem Ableben immer wieder durch einen anderen und so der Testator mittelbar repräsentirt wird, die Eigenschaft des Testamentsvollstreckers mit seinem Tode erlischt. Wir sind hiernach zur Beurtheilung der Executoren für das gemeine Recht lediglich auf gemeinrechtliche, d. i. römische Principien hingewiesen. Und da ist es, ungeachtet der oben erwähnten Schwierigkeiten und Bedenken der Anwendung der Grundsätze des reinen Mandatscontractes auf das Verhältniß der Executoren, doch nur das Mandat, auf welches man hingewiesen sein kann. Die oben erwähnten Bedenken beschränken sich hauptsächlich darauf, daß das Mandat durch den Tod eines Contrahenten erlösche und mithin nicht über diesen Zeitpunkt hinaus erstreckt werden und zur Geltung gelangen könne, da der Lebende nicht mit den Todten contrahiren könne. Dagegen ist zu bemerken, daß es sich hier nicht schlechthin um eine Anwendung des Mandatsverhältnisses, sondern nur um eine Erweiterung der thatsächlichen zulässigen Voraussetzungen desselben handelt. Solche erkennt Beseler selbst als möglich und anderweit vorhanden an sowie daß in jedem einzelnen Falle das Rechtsverhältniß des Executors durch ein Mandat begründet werde. Im kanonischen Rechte wird das Verhältniß des Testamentsvollstreckers ausdrücklich als Mandat bezeichnet und zwar in einer Weise, wonach dies als allgemein und sich von selbst verstehend erscheint. Nimmt man nun noch dazu, daß in einzelnen bereits angeführten Digestenstellen ein solches nach dem Tode des Erblassers auszuführendes Mandat allerdings als ein wirkliches und klagbares Rechtsverhältniß anerkannt wird, so ist es unbedenklich, für das Institut der Testamentsvollstrecker und dessen Beurtheilung das Mandat als das einzig mögliche Princip zu betrachten. Und wenn Beseler das Mandat dazu nicht für ausreichend hält, so kann man dies vom Detail und allen möglichen Fragen, Zweifeln und Bedenken im einzelnen zugeben, ohne darum das Princip im ganzen unzureichend erkennen zu müssen. Der Grund jener Zweifel im einzelnen liegt darin, daß das Institut ursprünglich ohne Princip oder doch nach einem falschen Princip wie ein willkürliches Product einer falschen Praxis aufschoß, und ein so weitläufiges Material an zeitweiser und wechselnder communis opinio oder auf- und abschwankender controverser Meinungen über Möglichkeiten und Folgerungen gewann, daß man sich umsoweniger wundern darf, wenn das für richtig erkannte Princip dasselbe noch nicht durchdringen und beherrschen konnte, als das Verhältniß, von dem dieses Princip zu entlehnen ist, das Mandat, ohnehin hier von seinen ursprünglichen oder

regelmäßigen thatsächlichen Voraussetzungen mannigfach verschieden gestaltet ist, und es somit, wenn und soweit abweichende als unmöglich und unzulässig nicht zurückzuweisen waren, allerdings der Bildung einer neuen Doctrin bedurft hätte und noch bedarf, die wir wirklich noch nicht haben. Insofern ist denn das ganze Institut gemeinrechtlich noch nicht vollendet, sondern kann dies erst mit der Zeit werden. bb) Bestellung der Testamentsvollstrecker. In der älteren Theorie werden executores ultimarum voluntatum testamentarii, legitimi und dativi unterschieden, theils nach Analogie der Vormundschaft, theils unter Benutzung der Vorschriften des kanonischen Rechtes über die Vollziehung der Seelgeräthe. Erst Lauterbach fügt noch executores conventi hinzu, welche durch Vertrag mit dem Erblasser und dem künftigen Executor bestellt werden. Jene Eintheilung ist nicht zu billigen. Die Ernennung eines Executors kann sich eigentlich nur auf den letzten Willen des Erblassers selbst gründen. Will man in den Fällen, wo in Teutschland die Vollziehung letzter Willen der geistlichen Behörde obliegt, was nur bei frommen Stiftungen der Fall ist, indem die unbedingte Vollziehung aller letzten Willen durch die geistliche Behörde, wie sie das kanonische Recht anordnet, bei uns nicht recipirt worden ist, von einem executor legitimus sprechen, und wenn die Behörde eine Privatperson mit der Vollziehung beauftragt, diese einen executor dativus nennen, so ist dies freilich nicht unbedingt falsch; aber das Institut der Testamentsvollstreckung im technischen Sinne liegt hier doch nicht vor, und so sollte richtiger eine solche inconsequente Erweiterung der Terminologie vermieden werden. Dagegen ist es unbedenklich, daß, da der Erbeinsetzungsvertrag im teutschen Rechte anerkannt ist und gleiche Geltung mit der römischen letztwilligen Verfügung erlangt hat, die Vollstreckung dieses Geschäftes ebenso wie die letzten Willen, von der Person des Erben getrennt und einem Dritten übertragen werde. Eine Bestätigung des ernannten Executors durch die Obrigkeit läßt sich gemeinrechtlich nicht für nothwendig erachten, ebensowenig als es aus processualischen Rücksichten einer besonderen Anerkennung des Executors durch die Obrigkeit und eines Executoriums bedarf. Auch die Behauptung ist nicht zu rechtfertigen, daß an die Stelle eines vor Beendigung seines Geschäftes wegfallenden Executors die Obrigkeit einen anderen zu bestellen oder selbst die Vollstreckung zu übernehmen habe. Es ist freilich dafür angeführt worden, daß der Testator es ja durch Ernennung eines Executors ausspreche, daß er eben dem Erben die Vollziehung seines Testamentes nicht anvertrauen wolle und daß daher von der Obrigkeit dafür gesorgt werden müsse, daß sie anderweit geschehe[1322]; allein dieser Grund vermag die Behauptung nicht zu rechtfertigen. Denn in der Bestellung eines bestimmten Executors ist nur die Absicht ausgesprochen, daß der

---

1322) Schriftsteller, welche dieser Ansicht sind, führt an Beseler a. a. O. S. 179, N. 72.

Testator durch diesen, statt durch den Erben sein Testament vollstreckt wissen will; fällt der ernannte Executor weg, so tritt der Erbe wieder in sein gesetzliches Recht ein. Um dieses für alle Fälle zu verhindern, muß auf irgend eine Art für eine Substitution anstatt des weggefallenen Executors gesorgt werden; dies kann aber nur durch den Testator selbst geschehen und zwar freilich auch in der Art, daß die Obrigkeit ersucht wird, die Vollziehung zu übernehmen oder sie einem Anderen zu übertragen. Von Amtswegen hat sie sich aber damit im allgemeinen nicht zu befassen, wenn nicht besondere partikularrechtliche Normen darüber bestehen[1323]). Es ist bereits bemerkt worden, daß die Ernennung des Testamentsvollstreckers von dem Testator ausgehen muß. Auf das von Beseler angenommene Princip dieser Lehre, daß vermöge der freieren Stellung der testamenti factio im heutigen Rechte der Testator die Vollstreckung seines Testamentes von der Person des Erben trennen und sich von einem besonders dazu berufenen Dritten formell repräsentiren lassen kann, ist dies, da man dieses Princip als richtig nicht anerkennen kann, nicht zu stützen. Vielmehr reicht das Princip des Mandates, welches als das für das Rechtsverhältniß der Executoren maßgebende anzuerkennen ist, vollkommen dazu aus, um die Ernennung des Executors als sich allein auf den Willen des Erblassers stützend anzusehen. Wenn auch nach den Grundsätzen des römischen Rechtes regelmäßig das Mandat sich nicht über das Leben eines der Contrahenten hinaus erstreckte, vielmehr das Mandat in der Regel mit dem Tode eines der Contrahenten erlosch, so hat doch schon das römische Recht nach dem bereits Bemerkten einzelne Ausnahmen von dieser Regel und infolge des kanonischen Rechtes, welches dem Rechtsverhältnisse des Testamentsexecutors das Mandat zum Grunde legt, und der ganz unbestrittenen bis auf den heutigen Tag übereinstimmend angenommenen Zulässigkeit der Ernennung von Testamentsvollstreckern durch den Testator muß diese Erstreckung des Mandates über seine gewöhnlichen Grenzen, der Beginn seiner Wirksamkeit erst nach dem Tode des Testators, die selbstständige Stellung des Testamentsvollstreckers als Mandatar des Testators den Erben gegenüber als eine in einem allgemeinen Gewohnheitsrechte beruhende angesehen werden. Veranlaßt der Erbe Jemanden, in seinem Auftrage die Vollziehung des Testamentes zu übernehmen, so ist derselbe Mandatar des Erben und nach den gewöhnlichen Grundsätzen vom Mandatsvertrage zu beurtheilen. Fragen wir danach, wie der Testator die Ernennung des Executors giltig vornehme, so ist darauf zu antworten, daß sie regelmäßig in einem Testamente oder, da es sich hier um Erbeinsetzung handelt, in einem gehörig errichteten Codicill geschehen muß. Die Bestellung des Executors fällt, wie sie einen Theil des In-

---

1323) Beseler a. a. O. S. 179. Dergleichen partikularrechtliche Vorschriften enthält das würtemberg. Landrecht Tit. 27, §. 5, 6. Bayer. Landrecht Th. 3, Cap. 2, §. 17.

haltes des letzten Willens ausmacht, auch formell mit diesem zusammen. Auch die Praxis ist dafür; die ältere Theorie kennt nur diese Art der Ernennung, welche sich auch allein in den alten teutschrechtlichen Testamenten findet, und mehrere Statuten setzen sie als sich von selbst verstehend voraus [1324]). Es ist zwar durch Lauterbach die Ansicht aufgestellt worden, daß der Testator auch anderweit durch Vertrag und zwar durch einen Vertrag mit dem erwählten Executor selbst die Vollziehung seines Testamentes anordnen könne; eine Ansicht, welche mit der in der teutschen Rechtswissenschaft gleichzeitig festgewordenen Ueberzeugung von der unbedingten Giltigkeit des Erbeinsetzungsvertrages in Verbindung stand sowie auch die Analogie der sog. tabula pactitia mit veranlaßt worden sein mag. Es steht diesem aber nicht blos entgegen, daß die Bestellung der Testamentsvollstrecker sowohl nach kanonischem als nach teutschem Rechte stets nur in letzten Willen zu geschehen pflegte und man daher auch diese Art der Ernennung als allein im fremden und einheimischen Rechte begründete ansehen kann. Wenden wir die Grundsätze vom Mandat an, so würde sich zwar nach diesen anscheinend ein solcher Vertrag rechtfertigen lassen. Da aber das römische Recht ein über den Tod des Mandanten hinaus wirksames Mandat nur in sehr engen Grenzen anerkennt, die Ernennung der Testamentsexecutoren demselben aber überhaupt fremd ist, so wird man sich auch nicht auf die Grundsätze vom Mandat berufen können. Es kann dies umsoweniger geschehen, als das Mandat ein bloßer Consensualcontract ist, also keiner bestimmten Form bedarf, es aber immer bedenklich ist, eine Ernennung eines Executors auf einen solchen formlosen Vertrag zu stützen. Der Erbe ist zwar als Universalsuccessor des Erblassers die von diesem geschlossenen Verträge regelmäßig anzuerkennen und zu erfüllen verbunden. Wo es sich aber, wie hier, um ein Mandat handelt, welches die demselben im römischen Rechte gezogenen Grenzen so weit überschreitet, kann eine Verbindlichkeit des Erben, sich demselben, welches ihn selbst so bedeutend beschränkt und die ihm eigentlich zukommende Wirksamkeit einem Dritten überträgt, zu unterwerfen, nur daraus abgeleitet werden, daß dasselbe in einem letzten Willen angeordnet worden ist und der Erbe durch den Erbschaftsantritt aus dem letzten Willen sich allen Bestimmungen desselben unterworfen hat. Nur beiläufig gedenkt man, daß, wenn ein formloser Vertrag für die Bestellung eines Executors genügte, es zu Streitigkeiten mit dem Erben, ja zu einem Processe und weitläufigen Beweisverfahren kommen könnte, und das bei einem Rechtsverhältnisse, wo Alles auf eine schnelle und geregelte Geschäftsführung ankommt. Mit dieser Frage hängt eine andere unmittelbar zusammen, ob nämlich der testamentarisch ernannte Executor, welcher in einer besonderen Verabredung dem Testator die Uebernahme des ihm übertragenen Geschäftes versprochen hat, dazu rechtlich verbunden sei und dazu rechtlich gezwungen

---

1324) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. S. 180, N. 75.

werden könne. Die noch von Durandus begünstigte Ansicht, daß das Amt eines Testamentsvollstreckers als ein munus publicum nicht ohne besondere Entschuldigungsgründe abgelehnt werden könne, ist von der späteren Theorie vollständig aufgegeben worden. Unseres Erachtens kann von einem Zwange des Testamentsvollstreckers zur Uebernahme des übertragenen Geschäftes auch im Falle einer dem Testator geschehenen Zusage nicht die Rede sein. Wenn man auch diesfalls von einem schon bei Lebzeiten des Testators zu Stande gekommenen Mandate reden könnte, so ist doch das Mandat jederzeit re integra widerruflich, und es würde demnach, da die Geschäftsführung des Executors erst nach dem Tode des Testators beginnen soll, nach den Grundsätzen vom Mandate immer noch von dem Willen des Executors abhängen, das Mandat, bevor er sich demselben unterzieht, aufzukündigen. Hat der Executor nach dem Tode des Testators den Auftrag ausdrücklich übernommen oder die Geschäftsführung bereits begonnen oder ein unter der Bedingung der Uebernahme des Auftrages ausgesetztes Vermächtniß angenommen, so findet allerdings ein Zwang gegen ihn statt und wenn er kündigt, so entscheiden die Grundsätze über die renunciatio mandati über seine Verantwortlichkeit. Die Zahl der zu bestellenden Testamentsvollstrecker hängt von dem Willen des Testators ab; es ist ihm in dieser Beziehung keine Grenze gesetzt. Der Testator kann mehrere Executoren nicht nur gleichzeitig, sondern auch successiv vermöge der Substitution ernennen. Was die persönliche Fähigkeit zum Amte eines Testamentsvollstreckers betrifft, so hat sich die ältere Theorie viel damit beschäftigt und namentlich die Fähigkeit oder Unfähigkeit der Frauen, Geistlichen, Unmündigen u. s. w. weitläufig erörtert. Die Regel von der testamenti factio passiva hält hier selbst Beseler für unstatthaft, weil der Executor nicht die materiellen Vortheile des Testamentserben hat und weil umgekehrt für seine Geschäftsführung eine gewisse Qualification erforderlich ist, welcher es für den Erben nicht nothwendig bedarf. Es ist ihm darin vollständig beizupflichten. Im allgemeinen muß jede Person, sei es eine natürliche oder eine juristische, zur Uebernahme der Testamentsvollstreckung für befähigt erachtet werden, welche sich überhaupt giltig verpflichten und namentlich Andere in bürgerlichen Geschäften vertreten kann. Auch Frauen sind dazu fähig; denn der Umstand, daß sie sich bei einer solchen Geschäftsführung häufiger eines Beistandes werden bedienen müssen, ist kein Grund zu ihrer Ausschließung. Nur bei verheuratheten Frauen wird sich aus der Stellung der Frau in der ehelichen Verbindung die Nothwendigkeit der Zustimmung des Ehemannes zur Uebernahme einer ihr aufgetragenen Testamentsvollstreckung rechtfertigen lassen; da, wo eheliche Vormundschaft oder eheliche Gütergemeinschaft besteht, kann ohnehin daran kein Zweifel sein. cc) Rechtsverhältniß der Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker ist nach den bereits vorausgeschickten Erörterungen über das Princip der Lehre als Mandatar des Erblassers zu betrachten. Ueber den Umfang seiner

Gewalt entscheidet zunächst der Wille des Testators. Derselbe kann dieselbe erweitern oder beschränken sowie er ein weiter reichendes oder ein enger begrenztes Mandat ertheilen kann. Bei der Bestimmung der Rechte und Pflichten des Executors darf der Testator nicht gegen die Grundregel des Erbrechtes verstoßen, daß er, der Erblasser, in Vermögensverhältnissen Dritten gegenüber allein durch den Erben repräsentirt werde, und es können also die dem Erben als solchem obliegenden Rechte und Pflichten weder geschmälert noch andere Personen ihm darin untergeschoben oder an die Stelle gesetzt werden. Hat der Testator über den Umfang der Gewalt des Executors nichts Näheres bestimmt, so muß angenommen werden, daß solche ihm innerhalb der gesetzlichen Schranken in einem Umfange zustehen muß, wodurch es ihm möglich wird, das ihm übertragene Geschäft selbstständig und mit vollem Erfolge zu führen. Auch hier sind die Grundsätze vom Mandat maßgebend und namentlich die vom Generalmandat entscheidend. Es muß daher auch für die gehörige Vollziehung des letzten Willens, wie sie der Testator wünschen muß, für wichtig und unerläßlich geachtet werden, daß der Executor die Nachlaßregulirung übernimmt, die Activmasse zusammenbringt und den Erben so gut wie den Anderen, welche Ansprüche an den Nachlaß haben, das ihnen Gebührende zukommen läßt. Ist der Executor nicht zur Vollstreckung der ganzen testamentarischen Verfügung, sondern nur eines Theiles derselben bestellt, z. B. zur Anordnung und Leitung einer frommen Stiftung, so hat er einen bestimmt abgegrenzten Geschäftskreis, für welchen seine Thätigkeit in Anspruch genommen wird; in allen übrigen Beziehungen bleibt er der Vollziehung des Testamentes fremd und beschränkt in keiner Weise die dem Erben nach der gesetzlichen Regel gebührende Gewalt. Dadurch unterscheidet sich ein solcher Executor wesentlich von dem im allgemeinen mit der Testamentsvollstreckung Beauftragten und für ihn gilt daher ein besonderes Recht, welches sich freilich dem allgemeinen Institute anschließt und von dem leitenden Princip der ganzen Lehre beherrscht wird, aber doch auch seine selbstständige Behandlung verlangt und soweit diese nöthig ist, von der allgemeinen Darstellung zu trennen ist. Die ältere Theorie unterscheidet daher Universal- und Partikularexecutoren, für welchen letzteren Ausdruck B e s e l e r den der Specialexecutoren substituirt. Wir behalten die Eintheilung im Folgenden bei. cc) U n i v e r s a l e x e c u t o r e n. *α*) A l l g e m e i n e G r u n d s ä t z e. *αα*) K a n n d e r T e s t a t o r s e i n e V e r f ü g u n g a u f d e n W i l l e n d e s E x e c u t o r s s t e l l e n? Diese Frage ist mit Rücksicht auf die einschlagende Stelle des kanonischen Rechtes[1325]) bereits früher erörtert und gezeigt worden, daß sich dieselbe blos auf den unter Geistlichen üblichen Brauch beziehe, wonach den manu fideles oder Testamentsexecutoren die Verwendung des Nachlasses anheim gegeben wurde; was der Pabst, dem

1325) Cap. 13. X. III. 26.

geltenden Rechte sich anschließend, als eine rechtsbeständige, die Intestaterbfolge ausschließende Verfügung anerkennt. Von der Ernennung eines Erben durch einen Dritten ist hier nicht die Rede; die Vorschrift bezieht sich zunächst nur auf die alten Testamente ohne Erbeinsetzung und da eine solche jetzt nothwendig geworden ist, so kann die fragliche Stelle auch nicht mehr zur Anwendung kommen. Wir verweisen deshalb auf das früher Bemerkte. $\beta\beta$) Selbstständige Stellung der Testamentsvollstrecker. Da der Testamentsvollstrecker seine Gewalt unmittelbar vom Erblasser erhält, so liegt es in der Natur des Rechtsverhältnisses, daß er nach Uebernahme des Geschäftes den bei dem Testamente Betheiligten und namentlich dem Erben gegenüber im allgemeinen eine unabhängige Stellung einnimmt. Diese sind zwar seiner Macht nicht unbedingt unterworfen und können ihm zur Wahrung ihres Interesse nachdrücklich entgegentreten, ja aus hinreichenden Gründen auf seine Entfernung von der Geschäftsführung dringen; es steht ihnen aber nicht frei, gegen den Willen des Testators ihn blos deswegen zu beseitigen, weil sie die Vollstreckung nicht durch ihn beschafft wissen wollen und ihm, gleichwie als wenn er ihr Mandatar wäre, beliebig zu kündigen. So faßte die ältere Theorie die Sache auf und die Neueren stimmen damit überein. Die abweichende Meinung Leyser's[1326]), welcher eine Kündigung des Executors von Seiten der darüber einstimmigen Erbinteressenten für zulässig hält, hat keinen Beifall gefunden. Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß der Executor mit Zustimmung sämmtlicher bei der Vollstreckung des Testamentes Betheiligter, zu denen bei frommen Stiftungen auch die Obrigkeit gehört, das von ihm übernommene Geschäft wieder aufgeben kann; seine Selbstständigkeit bleibt dabei vollkommen gewahrt. Hat aber der Executor das Geschäft einmal übernommen, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder durch die Annahme des ihm dafür hinterlassenen Vermächtnisses oder durch Einmischung in die Geschäfte, so muß er auch dabei bleiben und kann nur aus genügenden Gründen, über deren Statthaftigkeit nöthigenfalls das Gericht zu entscheiden hat, die Befreiung davon gegen den Willen der Erbinteressenten verlangen. Dies hat schon das kanonische Recht ausgesprochen[1327]). Auch die Juristen und die Partikularrechte erkennen dies an[1328]). $\gamma\gamma$) Die Vollstreckung geschieht nach dem Willen des Testators. Der Wille des Erblassers, sowie er über den Eintritt und die Fortdauer der Testamentsvollstreckung entscheidet, bietet auch die Norm für das Verfahren bei der Vollstreckung dar. Ist aber der letzte Wille nicht bestimmt ausgesprochen, also unklar und unvollständig, so fragt es sich, wer ihn dann auszulegen oder zu ergänzen habe. Jedes Bedenken in dieser Hinsicht ist beseitigt, wenn der Erb-

---

1326) Leyser, Medit. ad Pand. Sp. 374. med. 3. 4. 11.
1327) Cap. 19. X. III. 26.
1328) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. S. 196, N. 102a.

lasser selbst hier Vorsehung getroffen und etwas darüber bestimmt hat, z. B. die Entscheidung der zweifelhaften Punkte dem Executor überlassen hat. Dann tritt das arbitrium boni viri ein und der Executor hat in dieser Beziehung zu leisten, quidquid ex bona fide est, wobei er sich namentlich nur durch den muthmaßlichen Willen des Erblassers und überhaupt durch die unbefangene Erwägung aller in Betracht kommenden Verhältnisse bestimmen lassen wird. Der Testator kann ihm auch eine so freie Stellung einräumen, daß ihm bei Streitigkeiten unter den Erbinteressenten über die Auslegung des Testamentes eine schiedsrichterliche Gewalt zusteht; es wird aber dadurch keine eigentliche Jurisdiction begründet. Hat der Testator überhaupt nichts über die Auslegung seines letzten Willens bestimmt, so ist der Executor nicht schon kraft seiner Stellung im allgemeinen zur Ertheilung der Entscheidung befugt, obwohl dies von Mehreren behauptet worden ist; vielmehr bleibt in einem solchen Falle, wenn eine Verständigung der Betheiligten nicht zu erlangen ist, nur Einholung der Entscheidung des zuständigen Gerichtes übrig. Es fragt sich noch, ob nicht gegen die oben aufgestellte Regel der Executor unter gewissen Umständen von der ausdrücklichen Vorschrift des Erblassers abweichen und nach eigenem Ermessen handeln dürfe. Einige nehmen dies dann an, wenn eine solche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist, daß die Vermuthung begründet erscheint, der Testator selbst würde, wenn er dies gewußt hätte, anders verfügt haben, und wenn außerdem noch die Obrigkeit oder doch die Erben eine solche Abweichung genehmigen[1329]). Es kann allerdings auch nothwendig sein, von der Verfügung des Erblassers abzugehen, weil ihre Vollziehung in der vorgeschriebenen Art unmöglich ist oder zu einem, dem bestimmt erkannten Willen des Erblassers widersprechenden Resultate führen würde. In einem solchen Falle muß die Einigung des Executors und der übrigen Betheiligten über die etwa zu treffende Veränderung genügen, ohne daß diese Privatvereinbarung obrigkeitlich bestätigt zu sein braucht. δδ) **Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers im allgemeinen.** Der Testamentsvollstrecker ist im allgemeinen verpflichtet, soviel in seiner Macht steht, für die Aufrechterhaltung und Verwirklichung der letztwilligen Verfügung zu sorgen und dieselbe im Sinne des Testators zu Ende zu führen. Diese allgemeine Regel wird auch von den Juristen, welche die Execution nicht auf ein Mandat stellen, an die Spitze der Lehre gestellt, und es wird daraus namentlich auch die Verpflichtung des Vollstreckers abgeleitet, den mit seiner Erklärung über die Antretung der Erbschaft zögernden Erben zur Abgabe derselben anzuhalten[1330]). Das Verhältniß mehrerer Executoren kann auch durch den Willen des Testators in ähnlicher Weise wie bei dem tutor gerens und tutor honorarius geordnet

---

1329) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. S. 197, N. 107.
1330) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. N. 108, 109, S. 198 flg.

sein, ebenso kann der Testator die eigentliche Geschäftsführung dem Erben überlassen, so daß dann die Obliegenheit des bestellten Testamentsvollstreckers darin besteht, daß er die Handlungen des Erben, soweit dies zur Vollstreckung des Testamentes nothwendig ist, überwache, womit dann auch ein Interventionsrecht des Executors verbunden sein kann, wie dies z. B. im französischen Rechte der Fall ist[1331]). Ist dem Vollstrecker, ohne Einräumung weiterer administrativer Befugnisse, die Ausrichtung der Vermächtnisse übertragen worden, so kommt es darauf an, ob er zu diesem Zwecke mit bestimmten Mitteln versehen ist oder nicht. Im ersten Falle kann er fordern, daß ihm diese zur Verfügung gestellt werden; außerdem ist es genügend, wenn er von dem Erben überhaupt nur in den Stand gesetzt wird, die Anordnungen des Erblassers zu erfüllen. εε) Rechtsverhältniß mehrerer Testamentsvollstrecker. Die Bestellung mehrerer Testamentsvollstrecker ist nicht blos zulässig, sondern auch bei weitläufigen und verwickelten Erbschaftssachen zweckmäßig und gewöhnlich. Das Verhältniß derselben zu einander ist bestritten, wenn der Wille des Erblassers, der hier zunächst entscheidet, darüber nicht bestimmt hat. Indessen empfiehlt sich die Meinung, welche auch die fast allgemein angenommene ist, als die richtige, weil sie dem positiven Rechte und der Natur der Sache entspricht, daß die mehreren Executoren, unter welchen die Geschäfte nicht besonders vertheilt sind, dieselben möglichst in Gemeinschaft zu führen haben; daß aber, wenn der Eine an der Theilnahme daran verhindert ist und die Umstände einen Aufschub nicht füglich gestatten, der Andere auch allein giltig handeln kann. So ist es schon im kanonischen Rechte bestimmt[1332]); damit stimmen die Partikularrechte überein[1333]) und die gemeinrechtliche Theorie ist derselben Ansicht[1334]). Bei Meinungsverschiedenheit unter mehreren Executoren muß die Stimmenmehrheit, insofern sie überhaupt eintreten kann, den Ausschlag geben; sonst wird der Ausspruch eines Schiedsgerichtes einzuholen sein, um die Differenz auf angemessene Weise zu lösen. Insofern die Executoren gemeinsam handeln, müssen sie auch als solidarisch verpflichtet gelten. ζζ) Frist für die Vollstreckung. Da das römische Recht dem Erben bei Strafe gebietet, die Verfügungen des Testators binnen Jahresfrist, und wenn sie fromme Zwecke betreffen, binnen sechs Monaten zu erfüllen[1335]), da ferner nach kanonischem Rechte die Errichtung eines Klosters, welches nach dem letzten Willen des Erblassers gegründet werden soll, binnen Jahresfrist vollendet sein, und wenn dies nicht geschehen ist, der Bischof

1331) Merlin, répert. s. v. exécut. testam. nr. II.

1332) Cap. 2. de testam. in VI. (III. 11.)

1333) Frankf. Reformation IV, 11, §. 6. Würtemb. Landr. Tit. 27, §. 3. Cod. Maxim. bav. civ. Th. III, Cap. 2, §. 19.

1334) Ueber abweichende Ansichten älterer Juristen vgl. Beseler a. a. O. S. 200 flg.

1335) Nov. 1. cap. 4. Nov. 131. cap. 12.

für die Vollstreckung sorgen soll[1336]), so haben manche Juristen die angegebenen Fristen, namentlich die Jahresfrist, auch für die Vollstreckung der Testamente durch Executoren als maßgebend betrachtet wissen wollen[1337]). Es hat aber diese Meinung zu keiner Geltung kommen können und nach gemeinem Rechte besteht für die Testamentsvollstreckung keine Frist. Es hängt vielmehr Alles von der Verfügung des Testators und von den Umständen ab, und man kann nur im allgemeinen die Pflicht zur möglichsten Beschleunigung der Vollstreckung anerkennen. Partikularrechte haben jedoch bisweilen Fristen, mitunter sehr kurze bestimmt[1338]). ηη) Entschädigung und Belohnung der Testamentsvollstrecker. Schaden darf der Testamentsvollstrecker durch die Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte nicht erleiden; er kann Ersatz aller ihm direct oder indirect durch seine Function erwachsenen Kosten und Auflagen verlangen. Die Last dieser Entschädigung ist eine Erbschaftsschuld und trifft als solche den Nachlaß, worüber volles Einverständniß herrscht. Eine Belohnung für seine Bemühung und Zeitversäumniß darf der Executor aber regelmäßig nicht in Anspruch nehmen, außer wenn ihm der Testator selbst eine solche ausgesetzt hat, indem dadurch die Natur des Rechtsverhältnisses nicht geändert wird. Außerdem kann der Executor eine Belohnung schon nach den Grundsätzen vom Mandatscontracte nicht fordern. Eine Ausnahme davon ist aber in dem Falle zu machen, wenn der Testator Geschäftsmänner, wie Advocaten, zu Testamentsvollstreckern ernennt; bei diesen versteht sich die Belohnung von selbst, da sie solche Geschäfte um des Erwerbes willen übernehmen; sie können für ihre Mühwaltungen die taxmäßigen Gebühren verlangen. Es steht natürlich dem Erben frei, dem Executor auch, wenn der Testator ihm eine Belohnung nicht ausgesetzt hat, eine solche zu bewilligen; für deren Zahlung haften natürlich nur die, welche dafür gestimmt haben, so daß von einer Erbschaftsschuld hier nicht die Rede sein kann. ϑϑ) Verantwortlichkeit der Testamentsvollstrecker. Dieselbe hängt wesentlich davon ab, ob der Executor eine eigentliche Vermögensverwaltung zu führen hat oder nicht. Im letzteren Falle wird selten Veranlassung sein, ihn anders als wegen doloser Handlungen zur Verantwortung zu ziehen und zur Entschädigung anzuhalten. Dem dolus steht auch hier die culpa lata gleich. Aber auch für culpa omnis muß er haften und zwar nach den Grundsätzen vom Mandatscontracte, und es ist diesfalls zwischen beiden Fällen kein Unterschied. Selbst solche Juristen, welche die Lehre im allgemeinen nicht auf das Mandat gründen, haben dessen Analogie

---

1336) Cap. 3. X. III. 26.

1337) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. N. 118, S. 202.

1338) Das würtemb. Landr. Tit. 27, §. 4 bestimmt ein Jahr, die Nürnb. Reform. v. 1565 Tit. 22, Ges. 2 und die Frankf. Reform. Th. IV, Tit. 11, §. 7 regelmäßig zwei Monate nach geschehener Inventirung; bei verwickelten Verhältnissen längere Fristen.

hier zur Anwendung gebracht. Die Frage, wem der Testamentsvollstrecker verantwortlich ist, ist im allgemeinen dahin zu beantworten, daß jeder, welcher bei der Erbschaft betheiligt ist und durch Arglist oder Fahrlässigkeit des Executors Schaden leidet, auch Schadenersatz von ihm fordern kann und zwar nicht blos Erben und Vermächtnißnehmer, sondern unter Umständen auch Gläubiger und Schuldner des Erblassers, sowie überhaupt jeder, welcher in seinen Vermögensverhältnissen durch die Geschäftsführung des Executors berührt wird. Die Frage, welche Klage hier stattfinde, ist mit anderen Worten die Frage nach dem Princip des ganzen Rechtsverhältnisses. Mühlenbruch[1339]) hält dies aber nicht fest. Er läßt die actio mandati, auch contraria zu, wenn das Verhältniß auf einem eigentlichen Mandate beruht; außerdem aber, namentlich in dem Falle der Ernennung des Executors im Testamente, räumt er demselben, als einem Honorirten, auch wenn ihm nichts zugewendet worden ist, die actio ex testamento gegen den Erben ein, um die Mittel zur Erfüllung seines Auftrages zu erlangen, wenn er zur Auszahlung der Vermächtnisse unmittelbar verpflichtet sei; auch möge man eine solche Klage in factum actio oder imploratio iudicis nennen. Den verschiedenen Erbinteressenten gesteht er eine actio ex testamento utilis gegen den Executor zu. Allein eine Klage des Executors gegen den Erben ist ebensowenig statthaft als der Executor dem Erben, den Legataren und Anderen wie ein Honorirter verpflichtet ist; Beides würde gegen die unantastbare Repräsentation des Erblassers durch den Erben verstoßen[1340]). *uu*) Einwirkung der Obrigkeit auf die Testamentsvollstreckung. Eine solche kann nach dem bereits Bemerkten in der Regel nicht stattfinden; nur auf Antrag kann sich die Obrigkeit einmischen. In älterer Zeit ist man wohl anderer Ansicht gewesen und auch neuerdings hat Scholz[1341]) ein allgemeines, durch die Gerichte, und zwar durch das Erbschaftsgericht auszuübendes Oberaufsichtsrecht des Staates über die Execution der Testamente angenommen. Ein solches läßt sich aber gemeinrechtlich in keiner Weise begründen. *xx*) Auflösung des Rechtsverhältnisses. Es kommen hier folgende Fälle in Betracht. Ist das Testament, worin die Vollstreckung angeordnet ist, nicht zu Recht beständig oder wird destituirt oder sonst hinfällig, so muß auch die angeordnete Execution wegfallen, insofern das Testament nicht als Codicill erhalten wird. Das Rechtsverhältniß hört ferner auf mit Ablauf der für die Dauer der Execution bestimmten Frist oder mit Eintritt der Bedingung, von welcher die Execution abhängig gemacht worden ist oder mit Beendigung der dem Executor übertragenen Geschäfte. Dieselbe Wirkung hat die Eröffnung des Concurses zu dem Nachlasse, vorausgesetzt, daß dieser seinem ganzen Um=

1339) Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 43, S. 441 flg.
1340) Sintenis, Civilrecht §. 182, N. 17, Bd. 3, S. 506.
1341) Scholz, über Testamentsvollzieher §. 17 flg.

fange nach darunter fällt und die Execution mithin keinen Gegenstand mehr hat. Auch wenn der Executor auf erlaubte Weise von dem Geschäfte abtritt oder unfähig zu dessen weiterer Führung wird, also auch wenn er durch richterliches Urtheil entfernt wird, hört das Rechtsverhältniß auf. Die Entfernung des Testamentsvollstreckers durch richterliches Erkenntniß muß möglich sein, weil die Erbinteressenten dem Executor nicht einseitig kündigen können und es doch der Natur des Verhältnisses und dem muthmaßlichen Willen des Testators widerspricht, den Executor unter allen Umständen zum Schaden der Interessenten beizubehalten. Die Gründe zur Beantragung der Entfernung können Unfähigkeit, Unredlichkeit und Fahrlässigkeit des Executors sein; doch dürfte nur culpa lata einen hinreichenden Grund abgeben, da sie dem dolus gleichsteht, und wegen geringerer Grade der Fahrlässigkeit der Civilanspruch auf Schadenersatz genügt, und eventuell auch Sicherheitsleistung von den Betheiligten verlangt werden kann, worauf der Anspruch jedoch besonders zu begründen ist. Durch den Tod des Vollstreckers erlischt das Rechtsverhältniß, wenn keine Substitution giltig angeordnet ist; es folgt dies schon aus den Grundsätzen vom Mandate. Die Ansprüche, welche aus der Geschäftsführung des Executors gegen diesen begründet sind, gehen natürlich auch gegen dessen Erben. *β*) Regulirung der Erbschaft durch den Testamentsvollstrecker und Verwaltungsbefugnisse desselben. Ist ein Testamentsvollstrecker ganz allgemein, ohne nähere Angabe seiner Rechte und Pflichten, in Bezug auf die letztwilligen Anordnungen ernannt worden, so ist deren Umkreis im ganzen nach Analogie der vom Generalmandat in Bezug auf Vermögensverwaltung geltenden Regeln zu beurtheilen. Hiernach steht dem Executor die Regulirung der Erbschaft zu, d. h. die Aufgabe, daß er den Nachlaß sowohl als Ganzes sowie auch nach seinen einzelnen Bestandtheilen in die gehörige Ordnung und namentlich in einen solchen Zustand bringt, daß er mit der übrig bleibenden Activmasse die Verfügungen des Testators erfüllen und also das Testament seinem ganzen Inhalte nach vollziehen kann. Dabei stehen ihm dann gewisse Verwaltungsbefugnisse zu. Wenn auch der Executor sein Recht unmittelbar vom Testator ableitet und daher dem Erben gegenüber als selbstberechtigt erscheint; wenn er ferner, ebenso wie der Erbe, dem kein Executor beigeordnet ist, zunächst nach dem Inhalte der letztwilligen Verfügung die Vollziehung abzumessen hat, so ist doch trotz der ähnlichen Lage ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden. Der Erbe handelt nämlich durchaus im eigenen Interesse, sofern er nicht durch die Ansprüche Anderer, welche ihr Recht ebenfalls aus dem Testamente ableiten oder es sonst selbstständig erworben haben, gebunden ist; der Executor hat dagegen nur für Andere, wenn auch nach Maßgabe seiner Instruction zu sorgen. Daraus folgt, daß er mit gleicher Unbefangenheit die verschiedenen Interessen der Betheiligten gegen einander abwägen und namentlich auch das Interesse des Erben mit aller Sorgfalt

wahrnehmen muß. Er muß es sich deshalb angelegen sein lassen, die Regulirung der Erbschaft möglichst schnell und möglichst vortheilhaft für den Erben zu betreiben und namentlich die Auslieferung des Nachlasses an denselben nicht unnöthig zu verzögern. Ist ihm auch die Befugniß, den Besitz der Erbschaftssachen zu ergreifen, im allgemeinen nicht zu versagen, so sind doch Fälle möglich, wo eine umfassende Anwendung dieser Befugniß unangemessen und der Natur des Rechtsverhältnisses widersprechend sein würde, z. B. wenn sofort bei Aufnahme des Inventars sich zeigt, daß alle Erbschaftsschulden und testamentarischen Belastungen des Erben mit dem im Nachlasse vorgefundenen baaren Gelde gedeckt werden können, so würde der Executor nicht für befugt zu achten sein, wenn es nicht der Testator aus besonderen Gründen so bestimmt hätte, den Besitz der ganzen Erbschaft zu ergreifen, eine Vermögensverwaltung eintreten zu lassen und dem Erben dadurch den vollen Genuß der ihm gebührenden Vortheile, wozu doch auch das Recht der Verwaltung und Verfügung gehört, vorzuenthalten. Endlich ist der Umstand, daß der Executor auch im Interesse des Erben handelt und demselben Rechenschaft ablegen muß, eine Aufforderung für ihn, soviel wie möglich im Einverständniß mit dem Erben die Geschäftsführung zu besorgen, letzteren, soweit es die Verhältnisse zulassen, in fortdauernder Kenntniß von der ganzen Angelegenheit zu erhalten und nicht blos seine Zustimmung einzuholen, wenn ein Rechtsanspruch dies verlangt. In zweifelhaften Fällen muß das richterliche Ermessen die Entscheidung abgeben, sobald nämlich der eine Theil eine genügende Veranlassung hat, eine solche durch Klage hervorzurufen. Eine besondere Beachtung muß die gemeinrechtliche Regel finden, daß den Notherben das ihnen Gebührende (der Pflichttheil) nicht willkürlich geschmälert oder belastet werden darf. An und für sich aber darf in der Bestellung von Testamentsvollstreckern, da sie den materiellen Inhalt des Erbrechtes nicht berührt, keine Verletzung des Notherbenrechtes gefunden werden[1342]), und es kann unter Umständen eine solche Anordnung auch die sog. exheredatio bona mente überflüssig machen. Nach diesen einleitenden Bemerkungen ist nun das Einzelne näher in Betracht zu ziehen. *aa*) B e s i t z e r g r e i f u n g d e r E r b s c h a f t s s a c h e n d u r c h d e n T e s t a m e n t s v o l l s t r e c k e r. Die Befugniß des Testamentsvollstreckers, sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, ist weder aus der Stellung des Salmannes, welcher die Gewere zur treuen Hand hat, noch aus der Voigtei abzuleiten. Zwischen diesen Instituten und dem Verhältnisse der Testamentsvollstrecker besteht nur ein rechtsgeschichtlicher Zusammenhang, welcher für eine praktische Deduction, geltende Rechtsregeln zu gewinnen, keinen Anhalt gewährt[1343]).

1342) M a d i h n, Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. Erstes Schock. (Breslau 1814.) Nr. XX, S. 86—102. B e s e l e r a. a. O. S. 210.

1343) Es wird dies mit den Worten von B e s e l e r a. a. O. S. 211 angeführt, welcher freilich mit seiner Ansicht, daß das teutschrechtliche Institut der

Einer so weit hergeholten Begründung bedarf es aber auch nicht, denn wenn der Testamentsvollstrecker nach der ihm gestellten Aufgabe im Stande sein soll, eine bestimmte Herrschaft über den Nachlaß auszuüben, so muß er auch befugt sein, dieselbe zu erlangen und davon Besitz zu ergreifen. Man gelangt dazu schon einfach aus dem Gesichtspunkte des Mandates. So hat sich die Sache auch im praktischen Rechtsleben ausgebildet; die Theorie hat diesen Grundsatz anerkannt[1344]) und auch Partikularrechte, welche darüber Bestimmungen enthalten, folgen im wesentlichen derselben Ansicht[1345]). Was die Beschaffenheit des vom Testamentsvollstrecker ergriffenen Besitzes anlangt, so ist er nicht nur rechtmäßiger Detentor, sondern er ist auch juristischer Besitzer, wenngleich in fremdem Interesse, mit der Wirkung der Interdicte. Es fehlt ihm zwar die auf das Eigenthum gerichtete Willensbestimmung und als Mandatar des Erben besitzt er auch nicht. Er besitzt aber als Mandatar des Erblassers zu einem bestimmten Zwecke unabhängig vom Erben und es sind ihm deshalb auch die possessorischen Rechtsmittel ebensowohl einzuräumen wie dem Faustpfandgläubiger, welcher auch für den Schuldner detinirt, dennoch aber seines Pfandrechtes wegen als juristischer Besitzer mit der Befugniß zum Gebrauche der possessorischen Interdicte betrachtet wird. Sowie aber der Executor den Besitz der Erbschaft ergreifen kann, so hat er auch einen Anspruch auf die dem Erben zustehenden Rechtsmittel, um die Immission in den Nachlaß zu erlangen. Consequenter Weise ist in beiden Fällen anzunehmen, daß seine Befugniß, soweit solche eben zum Zwecke der Testamentsvollstreckung auszuüben ist, die des Erben ausschließt. Es ist dies zwar von Sintenis[1346]) bezweifelt worden, welcher überhaupt annimmt, daß juristischer Besitz dem Executor nie gegen den Erben zuerkannt werden könne. Dies ist unseres Erachtens unrichtig. Ist der Testamentsvollstrecker einmal für befugt zu achten, sowohl Besitz des Nachlasses zu dem Zwecke, der ihm gestellten Aufgabe zu genügen, zu ergreifen als auch Immission in denselben zu verlangen, so muß er auch damit gegen den Erben durchdringen können. Stört ihn der Erbe in dem ergriffenen Besitze oder setzt er sich eigenmächtig in den Besitz von Sachen, welche der Executor inne hat, sei es durch Dejection oder gewaltsame Ablation, so müssen dem Executor die deshalb zuständigen Rechtsmittel nach Analogie des Faustpfandgläubigers zustehen, und es ist diesfalls auch sein juristischer Besitz dem Erben gegenüber anzuerkennen und zu schützen, während Dritten gegenüber, gegen welche der Executor in den Fall kommt,

---

Testamentsexecutoren in unmittelbarem Zusammenhange mit dem jetzt geltenden Rechte stehen, dadurch in Widerspruch geräth.

1344) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. N. 134, S. 211.

1345) Doch sind sie darin nicht ganz übereinstimmend. Siehe Beseler a. a. O. N. 135, S. 211 flg.

1346) Sintenis, Civilr. §. 182, N. 6, Bd. 3, S. 504 gegen Beseler a. a. O. S. 212 flg.

possessorische Rechtsmittel gebrauchen zu müssen, er immer nur solche im fremden Interesse und namentlich in dem des Erben braucht, daher auch dem letzteren mit Sintenis ein accessorisches Interventionsrecht Dritten gegenüber nicht zu versagen, auch eine Verbindlichkeit des Erkenntnisses über den Besitzstreit für den Erben, welche an dem Processe nicht Theil genommen hat, nicht zu behaupten ist, da der Executor zunächst nur zum Schutze des von ihm ergriffenen Besitzes zum Zwecke der Lösung der ihm gestellten Aufgabe, nicht aber über das Recht des Erben streitet. Ebenso muß auch der Executor, wenngleich auch etwa gleichzeitig der Erbe Immission in den Nachlaß beantragen sollte, vorzugsweise vor dem Erben die Immission erhalten. Dem Erben, wenn ihm auch ein Recht auf Immission zusteht, wird ja durch die dem Executor ertheilte Immission nicht präjudicirt, da letzterer Namens des Erben und für denselben die Detention ausübt. Räumt der Executor dem Erben den Besitz ein, so kann er von demselben Caution für die richtige Erfüllung der vorhandenen Verbindlichkeiten verlangen. ββ) Errichtung eines Inventars über den Nachlaß. Nach der übereinstimmenden Ansicht der Juristen, welche auch in die Partikularrechte übergegangen ist[1347]), hat der Testamentsvollstrecker, um für die ihm anvertraute Verwaltung und für die daraus hervorgehende Verpflichtung zur Rechnungsablegung einen bestimmten Anhalt zu haben, vor allen Dingen bei dem Antritt seiner Geschäftsführung ein Inventar aufzunehmen, in welchem der Nachlaß seinem ganzen Umfange nach aufgezeichnet wird. In der That ist dies ebenso in dem Interesse des Executors als der bei der Erbschaft betheiligten Personen. Die Errichtung des Inventars muß aber in einer Weise geschehen, welche demselben die Natur einer öffentlichen Urkunde verschafft. Eine Zuziehung der Erben oder überhaupt der Erbinteressenten kann dabei nicht für nothwendig erachtet werden, sofern sie nicht partikularrechtlich ausdrücklich vorgeschrieben ist. Aber auch wenn dies der Fall ist, muß die Zuziehung, wenn die Erbinteressenten abwesend sind, unterbleiben, indem die Inventarisirung des Nachlasses so schleunig wie möglich vorzunehmen ist und daher einen Aufschub schlechterdings nicht zuläßt. Im gemeinen Rechte existiren allerdings über die Form des von dem Beneficialerben zu errichtenden Inventars Vorschriften; diese sind aber im einzelnen nicht geltend geworden, wenngleich in den Lehrbüchern über das Civilrecht alle als noch geltend vorgetragen werden. Die Inventarisirung muß gerichtlich oder von Notar und Zeugen vorgenommen werden; ein blos von dem Executor ohne Zuziehung der Erben aufgenommenes Privatverzeichniß kann nur da genügen, wo, wie in den Ländern sächsischen Rechtes, noch die eidliche Bestärkung dessen, welcher das Verzeichniß errichtet hat, hinzutritt. Ist das Inventar auf die angegebene Weise errichtet, so genügt es, wenn der Erbe, welcher die Erbschaft mit

1347) Siehe die Citate bei Beseler a. a. O. N. 140, 141, S. 213 flg.

der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, sich einfach darauf bezieht, sowie umgekehrt, wenn infolge dieser beschränkten Antretung ein gehöriges Inventar errichtet worden ist, auch der Executor sich desselben bedienen kann. *γγ*) Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers im allgemeinen. Die Grenzen der Verwaltungsbefugnisse des Executors lassen sich im einzelnen nicht genauer angeben; es hängt dabei fast Alles von den gerade vorliegenden Verhältnissen ab. Die Analogie des Generalmandates findet hier passende Anwendung. Die Aufgabe des Executors ist zunächst, das nachgelassene Vermögen in einen guten Stand zu bringen; die Vermehrung desselben liegt nicht darin und namentlich hat er sich vor allen gewagten Geschäften, um es zu vermehren, sorgfältig zu hüten. Die Anlegung von Capitalien liegt, wenn namentlich die Function des Executors voraussichtlich länger dauert, in seiner Pflicht, soweit er nicht eingehende Gelder zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen sofort verwenden kann; daß er bei der Anlegung mit großer Vorsicht zu verfahren hat, ergiebt sich aus seinen auf dem Mandate ruhenden Verpflichtungen von selbst. *δδ*) Veräußerungsbefugniß des Testamentsvollstreckers. Der Testator kann dem Testamentsvollstrecker die weiteste Befugniß auch hinsichtlich der Veräußerung der Erbschaftssachen übertragen; er ist dabei nur durch die seinen Notherben schuldigen Rücksichten und durch die besondere Beschaffenheit der Sachen selbst, z. B. der Lehn- und Fideicommißgüter beschränkt. Hat aber der Testator über den Umfang der dem Executor in dieser Hinsicht zustehenden Berechtigung nichts bestimmt, so kann eine Veräußerungsbefugniß des Executors im allgemeinen nicht angenommen und eine solche ihm nur aus besonderen Gründen zugestanden werden. Eine Befugniß zu Veräußerungen, durch welche der Nachlaß seinem Gegenstande nach verändert und also das materielle Recht der Erben unmittelbar berührt wird, ist in dem dem Executor vom Testator ertheilten Mandate nicht enthalten. Dies gilt nicht nur von solchen Veräußerungen, welche unmittelbar eine Verminderung des Nachlasses seiner Substanz nach zur Folge haben, sondern auch für solche, welche dieselbe nur verändern. Als Fälle, wo er ausnahmsweise zur Veräußerung berechtigt ist, sind angesehen die, welche Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit sind, wenn dritte Personen vermöge ihrer Ansprüche ihn dazu zwingen können oder wenn er nur dadurch in den Stand gesetzt wird, die Verfügungen des Testators zu erfüllen, namentlich die Vermächtnisse zu entrichten. In diesen Fällen hat er aber, soweit er es im Stande ist, das Interesse der Betheiligten zu wahren, deren Wünsche zu beachten und, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, den Weg der öffentlichen Versteigerung zu wählen, obwohl letzteres, wenn es auch schon im allgemeinen für seine Deckung bei der Rechnungsablegung angemessen erscheint, nicht für durchaus nothwendig zu halten ist. Der Executor ist ferner zu jeder Veräußerung befugt, welche als Folge der von ihm ausgeübten Verwaltungsbefugniß

erscheint und sich nach den allgemeinen Regeln der Vermögensverwaltung rechtfertigt. Hierher gehört z. B. bei der Verwaltung eines Landgutes der Verkauf der aus der Wirthschaft gewonnenen Erzeugnisse, der abgehenden Stücke des Inventars, an deren Stelle der nöthige Nachschuß anzuschaffen ist u. s. w. Auf alle beweglichen Sachen kann man aber diese Veräußerungsbefugniß nicht ausdehnen, sowenig wie sie blos auf fungible oder leicht verderbende Sachen zu beschränken ist. Hinsichtlich der leicht verderbenden Sachen ist der Executor sogar zur Veräußerung verpflichtet, wenn er sich nicht durch Unterlassung derselben der Verantwortung aussetzen will. εε) Der Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers gegen Dritte. Hier ist besonders die Stellung des Executors zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft in Betracht zu ziehen. Hierbei ist aber nicht das Princip der formellen Repräsentation, sondern das Princip des ihm vom Testator ertheilten Mandates maßgebend. Nach den Grundsätzen, welche vom Generalmandat gelten, ist der Executor im allgemeinen befugt, ausstehende Capitalien zu kündigen und einzuholen und über die Zahlung giltig zu quittiren [1348]) sowie auch Zahlungen zu leisten [1349]). Die Meisten halten ihn auch für die im Interesse der Erbschaft zu führenden Processe activ und passiv legitimirt [1350]), während Andere dies nur mit Beschränkungen annehmen. Im allgemeinen ist zunächst anzunehmen, daß dem Executor alle Klagen, deren Anstellung zur gehörigen Regulirung der Erbschaft nöthig ist, zustehen, namentlich gegen säumige Schuldner und die Besitzer von solchen Erbschaftssachen, welche zur Masse gezogen werden müssen. Weiter aber darf die Befugniß des Executors zur Klaganstellung nicht ausgedehnt werden, denn nicht er, sondern der Erbe ist der Repräsentant des Erblassers in activer Hinsicht, und wenn daher einer Klage des Executors Einreden entgegengesetzt würden, die das Klagrecht zerstören, so würde nicht er, sondern nur der Erbe, um dessen Recht es sich handelt, zur Fortführung des Processes für befugt erachtet werden können. Die Befugniß, ohne Genehmigung der Betheiligten Vergleiche abzuschließen, ist ihm dagegen nicht zuzugestehen; denn wenn auch ein procurator omnium bonorum solche schließen darf [1351]), so ist dies doch wie eine Veräußerung zu betrachten und Veräußerungen sind einem solchen Procurator nur unter der Voraussetzung der Nothwendigkeit oder des offenbaren Vortheiles gestattet [1352]), mithin auch die Abschließung von Vergleichen nur unter dieser Be-

1348) L. 58. D. 3. 3. L. 11. D. 2. 14. Dafür erklären sich auch die von Beseler a. a. O. Nr. 144, S. 318 angeführten Schriftsteller sowie dieser selbst.

1349) L. 59. D. 3. 3.

1350) So Beseler a. a. O. S. 218 und die daselbst in Note 145 angeführten Schriftsteller.

1351) L. 12. D. 2. 14. L. 7. pr. D. 3. 6.

1352) L. 63. D. 3. 3.

schränkung zulässig. Bedenklich ist dagegen die Ansicht, den Executor für alle von den Erbschaftsgläubigern zu erhebenden Klagen als passiv legitimirt und als den rechten Beklagten anzusehen[1353]). Denn der wahre Repräsentant des Erblassers in passiver Hinsicht ist allein der Erbe; dieser allein ist befugt und verpflichtet, die Erbmasse passiv zu vertreten, über dessen Recht aber kann der Executor keinen den Erben bindenden Proceß führen, weil der Erbe möglicherweise Einwendungen und Vertheidigungsmittel gegen die Klage hat, welche der Executor gar nicht kennt. Es kann also auch davon nicht die Rede sein, daß der Erbe, wie Beseler will, im allgemeinen die Proceßführung des Executors anzuerkennen habe, dem Erben aber doch ein Interventionsrecht zustehe. Das Interventionsrecht würde dem Erben, wenn er die Proceßführung des Executors anerkennen müßte, nicht viel helfen; denn ist einmal der Executor der rechte Beklagte, so würde der Erbe nur als accessorischer Intervenient auftreten können und also den Proceß in der Lage, in welcher er sich gerade befindet, aufzunehmen haben, ohne von den selbstständigen Vertheidigungsmitteln, wenn das zu deren Vorbringen bestimmte Proceßstadium vorüber wäre, Gebrauch machen zu können. Die Analogie der Auszahlungen der Vermächtnisse, worauf sich Beseler beruft, indem der Erbe gleichfalls darüber wachen könne, daß sein Interesse, namentlich auch hinsichtlich der Freihaltung der Falcidischen Quart vom Executor gehörig gewahrt werde, ist unpassend, denn hier kann allerdings, wenn der Executor seine Befugnisse überschritten hätte, der Erbe das zur Erfüllung der Quart Nöthige von den Vermächtnißnehmern zurückfordern; die dem Erben in dem Processe des Executors zustehende Intervention kann aber den Nachtheil, welcher durch die Proceßführung des Executors entstehen kann, wie gezeigt ist, nicht ausgleichen. — Obwohl der Testamentsvollstrecker zur Auszahlung der Vermächtnisse verpflichtet ist, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Vermächtnißnehmer, selbst wenn er die Masse in den Händen hat, darauf gegen ihn klagen können, so wenig als daß der Executor, wenn er keine Mittel zur Entrichtung der Vermächtnisse in Händen hat, darauf den Erben verklagen könne[1354]). Denn der Executor kann dem Erben in der diesem allein obliegenden Obligation nicht substituirt und etwa mit Mühlenbruch gleichsam als Onerirter betrachtet werden[1355]). ζζ) Verpflichtung des Testamensvollstreckers zur Rechnungsablegung. Auf dem dem ganzen Rechtsverhältnisse zum Grunde liegenden Princip des Mandates beruht auch die Verpflichtung des Executors zur Rechnungsablegung, worauf überhaupt die Grund-

1353) Dies ist die Ansicht von Beseler a. a. O. S. 219.

1354) Dieser Ansicht ist Mühlenbruch Bd. 39, S. 421—423, welcher dagegen, wenn der Erbe im Besitze des Nachlasses sich befindet oder die Giltigkeit der Vermächtnisse zweifelhaft ist, die Legatare mit ihren Klagen lediglich an den Erben verweist.

1355) Sintenis, Civilrecht §. 182, N. 9, Bd. 3, S. 504.

sätze des Mandates analog Anwendung leiden. Ueber diese Verpflichtung sind Alle einverstanden, selbst diejenigen, welche das Rechtsverhältniß auf ein anderes Princip gründen [1356]). Die Pflicht des Executors zur Rechnungslegung ist übrigens im kanonischen Rechte bestimmt ausgesprochen [1357]). Die Grundlage der Rechnungslegung bildet das bei Uebernahme der Geschäftsführung vom Executor errichtete Inventar. Verlangt kann sie von den Betheiligten werden, also zunächst von den Erben; es sind aber auch Andere davon nicht ausgeschlossen, wenn sie ein Interesse daran nachzuweisen vermögen. Es läßt sich daher nicht unbedingt behaupten, daß die Entlassung von Seiten des Erben den Executor von jeder anderen Ansprache befreie. Die Rechnungsablegung ist an und für sich eine Privatsache unter den Betheiligten; kommt es darüber zum Processe, so gehört die Klage vor das Erbschaftsgericht, insofern dessen Zuständigkeit als Gerichtsstand der geführten Verwaltung oder durch Prorogation begründet ist; außerdem ist die Klage bei dem gewöhnlichen Gerichte des Testamentsvollstreckers anzubringen. Der Zeitpunkt, wo die Rechnung abzulegen ist, ist im allgemeinen erst der, wenn die Geschäftsführung beendigt ist. Dem Erblasser steht es zu, über die Art und Weise der Rechnungsablegung nähere Bestimmungen zu treffen. Ein Erlaß der Rechnungsablegung von Seiten des Testators hat keine andere Wirkung, als bei Vormündern, welchen der Vater des Pupillen solche erlassen hat [1358]). Er muß doch durch eine Berechnung nachweisen, worin das Vermögen besteht, welches er verwaltet hat. Denn er muß bona fides bei der Administration prästiren und das Vermögen herausgeben, und anders als durch Rechnungslegung läßt sich doch nicht beurtheilen, ob er bona fide administrirt habe. Nur das wird sich als Folge des Erlasses nach Analogie der Vormundschaft noch rechtfertigen lassen, das der Executor nur für dolus und culpa lata haftet [1359]). Notherben gegenüber werden aber nicht einmal diese Wirkungen dem Erlasse beigelegt werden können, da möglicherweise ihr Pflichttheil dadurch verletzt werden könnte. dd) Specialexecutoren. Hier ist von dem Falle die Rede, wenn der Erblasser dem Executor die Vollstreckung einer bestimmten Verfügung seines Testamentes überträgt, ohne ihn weiter mit der Regulirung des Nachlasses und den anderen, dem Universalexecutor obliegenden Geschäften zu belasten. Im allgemeinen leiden die für die Universalexecutoren aufgestellten Regeln auch für die Specialexecutoren Anwendung, sofern sich

---

1356) Vgl. Beseler a. a. O. S. 219 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 416, 417. Nur Mittermaier, Grunds. des teutschen Privatr. Bd. 2, §. 464, Nr. XI, nimmt eine Pflicht zur Rechnungslegung lediglich dann an, wenn sie partikularrechtlich vorgeschrieben ist.

1357) Clem. un. de testamentis III. 6.

1358) L. 5. §. 7. D. 26. 7.

1359) Vgl. L. 5. §. 7. D. cit. L. 41. D. 26. 7. L. 9. 20. §. 1. D. 34. 3. L. 72. §. 3. D. 35. 1. S. Glück, Erl. der Pand. Bd. 30, S. 263—268.

dieselbe ratio dafür geltend machen läßt. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken. α) Die Anordnung des Testators ist für das ganze Rechtsverhältniß maßgebend; ist sie giltig, so hat der Executor, der das ihm übertragene Geschäft übernimmt, ihr unbedingt nachzugehen. Ist der Wille des Erblassers nicht mit Bestimmtheit zu erkennen oder hat er seine Verfügung nur im allgemeinen nach ihrem Zwecke angegeben oder sie ganz dem Ermessen des Vollstreckers überlassen, so tritt dieses als arbitrium boni viri ein und trifft die weitere Entscheidung. Im Falle des Streites mit dem Erben, z. B. über den Betrag des Vermächtnisses, muß richterliche Entscheidung ausgewirkt werden. β) Wenn die Errichtung und bezüglich die Verwaltung einer frommen Stiftung Gegenstand der Verfügung ist, so steht der Vollstrecker unter Aufsicht und Leitung der zuständigen Behörde, sei dies eine geistliche oder weltliche, welche namentlich über die Erhaltung des ursprünglichen Zweckes der Stiftung zu wachen, die Verwaltung zu beaufsichtigen und für die Ergänzung des weggefallenen Executors Sorge zu tragen hat. Letzteres fällt nur dann weg, wenn dem Vollstrecker die Befugniß der Substitution eingeräumt worden ist und er davon Gebrauch gemacht hat, indem es dann bei seiner Anordnung bewendet. γ) Der Specialexecutor ist nicht befugt, sich direct in den Besitz der ihm überwiesenen Erbschaftssachen zu setzen, er hat vielmehr vom Erben oder von dem bestellten Universalexecutor die Auslieferung derjenigen Sachen oder Summen, welche zur Vollziehung der ihm anvertrauten Verfügung bestimmt sind, aus dem Nachlasse zu verlangen. Im übrigen hängt er, wenn nichts anderes bestimmt worden ist, in seiner Geschäftsführung von den genannten Personen nicht ab und ist nur den unmittelbar oder mittelbar dabei Betheiligten daraus verantwortlich.

Heimbach sen.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Weiske, Julius, 1801-1877

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 10

Leipzig 1856